This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Google

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE
531940035X

Digitized by Google

Digitized by Google

D25207
VII

~~4-3~~
~~99 B 8~~

113-8-27

Periodo 1909

Digitized by Google

PRONTUARIO

DE CONTRATOS

y sucesiones hereditarias.

Digitized by Google

Digitized by Google

PRONTUARIO

DE CONTRATOS

Y SUCESIONES HEREDITARIAS,

con un discurso preliminar en que se indican las principales reformas que necesita nuestra legislacion en estas materias.

POR

D. Eugenio de Tapia,

magistrado honorario, é individuo de la Direccion general de Estudios.

TOMO II.

UNIVERSIDAD CENTRAL BIBLIOTECA DERECHO

VALENCIA.

Imprenta de D. Ildefonso Mompié de Montagudo. = Año 1840.

Digitized by Google

Esta obra es propiedad de D. Ildefonso Monpeó de Montagudo, y está bajo la proteccion de las leyes; y será denunciado como furtivo todo ejemplar que no lleve la siguiente rúbrica.

BIBLIOTECA UNIVERSITARIA MADRID

Se hallará en Valencia en su librería, calle Nueva de San Fernando, núms. 47 y 49 nuevos; y en Madrid en las librerías de D. José García y D. Ignacio Boix.

Digitized by Google

PRONTUARIO

DE

contratos y sucesiones hereditarias.

PARTE SEGUNDA.

DE LAS SUCESIONES HEREDITARIAS.

UNIVERSIDAD CENTRAL BIBLIOTECA DE DERECHO

TITULO PRIMERO.

Del testamento, sus diversas especies, requisitos de cada una de ellas y personas que pueden testar.

Testamento es un acto legal por el que uno dispone de sus bienes á favor de otro, para que este goce la propiedad ó el usufructo de ellos despues de su muerte. Es de dos clases, *solemne* y *privilegiado*. El solemne es el que consta de todos los requisitos y formalidades prescritas por el derecho para su validez. El privilegiado es aquel que por especial privilegio se consi-

Digitized by Google

dera válido, aun cuando carezca de los espresados requisitos, como es el que los militares otorgan en campaña. El solemne puede otorgarse de dos modos, por lo cual se divide en *nuncupativo ó abierto*, y *en escrito ó cerrado*. Nuncupativo es aquel en que el testador publica su voluntad, ya sea de viva voz, ya por medio de un escrito que él mismo lee, ó que hace leer al escribano, si asiste al acto, ó á cualquiera de los testigos, en términos que lo oigan cuantos previene la ley que estén presentes.

Este testamento puede otorgarse ante escribano público, ó sin él. En el primer caso deben estar presentes á lo menos tres testigos, vecinos del lugar donde el testamento se hiciere. En el segundo caso, que es cuando se hace sin intervencion de escribano, habrán de asistir al acto cinco vecinos del pueblo por lo menos: si no pudieren hallarse tantos, ni tampoco escribano, bastará la asistencia de tres vecinos del lugar; pero si á estos les faltáre la circunstancia de vecindad, serán necesarios siete testigos, cuyo número suple el defecto de aquella y la falta de escribano; con tal que todos ellos tengan las calidades

Digitized by Google

que requiere el derecho (1). Ultimamente, si no pudieren ser habidos siete testigos no vecinos, bastarán cinco, y ademas el escribano; porque este se reputa por dos, y así se completa el número de siete (*). No pueden ser testigos de un testamento los condenados por canciones injuriosas, libelos ó pasquines infamatorios; por homicidio; por robo, por traicion al Rey, y otros delitos que espresan las leyes; los menores de catorce años; las mugeres; los dementes, durante su locura; los pródigos privados por tales de la administracion de sus bienes; los mudos, los sordos y los ciegos (2). Ademas de estas tachas que son generales para todos los casos, hay otras que solo producen inhabilidad respectiva. Tal es la de los hijos que no pueden ser testigos en los testamentos de sus padres y demas ascendientes, ni estos en los de sus descendientes. Tampoco pueden serlo

(1) Ley 1, tit. 18, lib. 10, Nov. Rec.

(*) En los testamentos simultáneos de marido y muger, no se necesita mayor número de testigos que para el de uno solo.

(2) Leyes 11, tit. 16, Part. 3; y 9 y 10, tit. 1, Part. 6.

Digitized by Google

el heredero si son parientes dentro del cuarto grado de afinidad y consanguinidad (1). Los legatarios pueden ser testigos de los testamentos en que se les dejan las mandas (2), como tambien los fideicomisarios y ejecutores testamentarios, siempre que se reduzca el testamento á escritura pública; y aun no haciéndose así, podrán presentarse como tales testigos, si fuesen llamados para probar que es verdadero el testamento, con tal que no tengan parte en la herencia. No obstante, si los testamentarios fuesen nombrados para distribuir los bienes del difunto, haciendo veces de herederos, no podrán ser testigos, porque á estos les está prohibido el serlo (3). Tambien pueden ser testigos testamentarios los clérigos *in sacris*. Cuando intervenga escribano, deberá ser de los numerarios del pueblo en que se otorgue el testamento. Así lo previene la ley 7, tit. 23, lib. 10, Nov. Rec., la cual prohibe á los escribanos que no sean de número el entrometerse á autorizar contratos y testa-

(1) Ley 9 y 11, tit. 1, Part. 6.
(2) La misma ley 11.
(3) Ley 2, tit. 18, lib. 10, Nov. Rec.

Digitized by Google

mentos, espena de veinte mil maravedís y de privacion de oficio; sin embargo, añade la misma ley que en la córte puede autorizar cualquier escribano público idóneo los contratos y testamentos, como tambien en las aldeas donde no haya escribano de número.

Testamento escrito ó cerrado es aquel en que el testador presenta un papel cerrado con lacre, oblea ó cosa equivalente, declarando que en él se contiene su última voluntad. Esta declaracion ha de hacerse indispensablemente ante un escribano y siete testigos de las calidades referidas, bajo pena de nulidad; pero no pide la ley vecindad en ellos. Nada importa que este testamento sea escrito por el testador ó por otro en su nombre, ni tampoco el que esté en papel blanco ó sellado: lo indispensable es que lo entregue al escribano, para que estienda el otorgamiento en su cubierta, y que á su presencia lo signe y firme con todos los testigos, diciendo á estos: *este es mi testamento: ruegoos que escribais en él vuestros nombres.* Así lo previene una ley de Partida (1). Si el testador

(1) Ley 2, tit. 1, Part. 6.

Digitized by Google

no supiere escribir, ó no pudiere verificarlo aun cuando sepa, firmará por él un testigo; y si alguno le ayudáre guiándole la mano para que firme en presencia de los demas, valdrá la firma (1). Tambien será válido el otorgamiento cuando alguno ó mas testigos hasta el número de seis no supieren escribir, con tal que uno sepa y firme por los otros. El escribano ha de espresar que este testigo firma por los otros, ó por el testador, porque estos no saben ó no pueden, y luego suscribirá, signará y firmará, segun previene la ley, de modo que sean ocho las firmas, y ademas la suya y su signo. Autorizado el otorgamiento se le entregará al testador para que le guarde ó dé á guardar á otro; mas no debe custodiarle el escribano en calidad de tal hasta que abierto y publicado adquiera el carácter de instrumento público, de que hasta entonces carece. Tambien es de advertir que si ninguno de los testigos supiere firmar, será nulo el testamento cerrado, pues

(1) Gregor. Lop. en la ley 1, tit. 1, Part. 6.

Digitized by Google

no basta que el escribano firme por sí y por los testigos (1).

El ciego no puede hacer testamento cerrado (2), sino precisamente nuncupativo ó abierto, y al otorgamiento de él han de concurrir cinco testigos por lo menos (3); mas no hay precision de que sean vecinos del pueblo, con tal que se otorgue ante escribano; pues como este se reputa por dos, resultan siete, cuyo número releva en todo testamento de la circunstancia de vecindad. Sin embargo, no será válido si por no haber mas vecinos del lugar se otorgase en presencia de tres testigos que tuvieren dicha calidad, aunque intervenga escribano, y en esto se diferencia este testamento del nuncupativo comun. A falta de escribano ha de haber en el testamento del ciego ocho testigos, y uno que escriba el testamento por el otorgante (4).

Para que no se invalide un testamento han de concurrir precisamente en su otor-

---

(1) Ley 2, tit. 1, Part. 6; y 105, tit. 18, Part. 3.
(2) Ley 14, tit. 1, Part. 6.
(3) Ley 2, tit. 16, lib. 10 Nov. Rec.
(4) Ley 14, tit. 1, Part. 6.

Digitized by Google

gamiento las circunstancias siguientes: 1ª Que todos los testigos vean y oigan hablar al testador. 2ª Que entiendan perfectamente todo el contenido de su disposicion, si el testamento fuere abierto; y si cerrado la fórmula del otorgamiento. 3ª Que mientras se lee, otorga y publica, estén todos presentes, sin faltar uno. 4ª Que el testador hasta concluir el otorgamiento, no se ocupe en otro negocio diverso (1). Tampoco pueden separarse los testigos, por ser un acto solo é indivisible. Tienen prohibicion legal para testar los impúberos (2), los locos ó desmemoriados, aunque es válido el testamento otorgado por ellos antes de contraer la enfermedad (3), y tambien el que hiciere el loco en sus lúcidos intervalos: el pródigo contra quien ha recaido prohibicion judicial de manejar sus bienes; el mudo y sordo por naturaleza, á menos de que sepa escribir, y en efecto lo escriba, dándolo á leer al escribano ó á alguno

(1) Leyes 3, tit. 1, Part. 6; y 1, tit. 18, lib. 10. Nov. Rec.

(2) Ley 5, tit. 1, Part. 6.

(3) Ley 13, tit. 1, Part. 6.

Digitized by Google

de los testigos, faltando aquel (1). Cualquiera persona de ambos sexos que no esté comprendida en las escepciones anteriores, puede hacer cuantos testamentos quisiere hasta su muerte, y dar poder ó comision á otro para que en su nombre ordene el testamento ó concluya el que hubiere empezado á hacer. Por consiguiente, todo estrangero puede testar, sin que nuestras leyes les hayan impuesto restriccion alguna; advirtiendo que en cuanto á la forma ó solemnidades prescritas para justificar la verdad del acto, parece debe observar el estrangero testador las establecidas en el pais donde testa; á menos que ordene otra cosa la ley de su patria, en cuyo caso tendrá precision de seguir las formalidades que le prescriba, si quiere disponer válidamente de los bienes que posee en ella. Por lo que hace á las disposiciones testamentarias, es claro que las concernientes á los bienes raices han de adaptarse á la legislacion del pais en que se hallan, puesto que segun ellas deben poseerse; y lo mismo sucede respecto de los bienes muebles que

(1) Ley 16 al fin, tit. 1, Part. 6.

Digitized by Google

el estrangero tenga en su patria. Pero en cuanto á los bienes muebles que tenga consigo, como dinero y otros efectos, ha de distinguirse entre las leyes locales, cuyo efecto no puede estenderse fuera del territorio, y las leyes que afectan propiamente la calidad de ciudadano. Permaneciendo el estrangero ciudadano de su patria, siempre está ligado por estas últimas leyes en cualquier parte donde se halle, y debe conformarse con ellas en la disposicion de sus bienes libres y de cualesquiera bienes muebles que allá tuviere; pero está obligado á observar las leyes del pais donde testa, respecto de los bienes que en él posee.

Los hijos de familia que se hallan bajo la patria potestad no pueden testar libremente, aun cuando por su edad estén aptos para ello, pues necesitan licencia de sus padres ó abuelos, á menos que sea para disponer de sus bienes castrenses ó casi castrenses, y de la tercera parte de sus bienes adventicios (1). Si fallecieren en pais estrangero, se procederá en órden á la disposicion testamentaria de sus bienes,

(1) Ley 15, tit. 1, Part. 6.

con arreglo á los tratados existentes con aquel gobierno.

Para que el testamento solemne se considere tal, y produzca todos sus efectos, son necesarias cuatro cosas: 1ª Que el testador tenga capacidad legal de testar al tiempo de otorgarle, y voluntad libre para disponer de sus bienes. 2ª Que nombre heredero hábil para serlo, pues de lo contrario, ó no habiendo heredero instituido, solo valdrá el testamento como última voluntad, y se declarará abintestato, aunque serán válidas las mandas, mejoras y demas disposiciones que contenga conformes á derecho, pasando sus bienes á los que deban heredarle abintestato, ó al fisco en su caso (1). 3ª Que conste de las solemnidades prescritas por la ley, y espresadas en los párrafos anteriores. 4ª Que se confirme con la muerte del testador, y acepte el heredero su herencia, pues si no quisiere, pasará á los herederos abintestato, á menos de haber nombrado el testador sustituto del heredero instituido, pues en tal caso á él corresponderá la heren-

(1) Ley 1, tit. 18, lib. 10, Nov. Red.

cia (1). Otros requisitos prescribe la ley ó la costumbre para mayor solemnidad del testamento, mas por su omision no se invalida este. Tales son la invocacion divina, la protestacion de la fe, el señalamiento de sepultura y hábito, las misas y mandas forzosas, la filiacion y naturaleza del testador, la declaracion de bienes y deudas, los matrimonios que hubiere contraido, las dotes y arras de sus diferentes mugeres, los hijos que haya tenido, su estado actual, y las anticipaciones que les hubiere hecho; la revocacion de otras disposiciones anteriores, y por último cuantas declaraciones tenga por oportunas. Si fueren omitidas algunas de estas cosas, pueden suplirse de otro modo, por ejemplo: las relativas á acreditar la religion, naturaleza y enlaces del testador, se acreditarán con informacion de testigos, del párroco, etc. En órden á la sepultura, si lo omitiere el testador, dispondrán el heredero ó los testamentarios lo que les parezca mas conveniente; y si no, se le enterrará en su parroquia. Tampoco importa

(1) Ley 2, tit. 18, lib. 10, Nov. Rec.

Digitized by Google

nada que se omitan las mandas forzosas, pues tienen su cuota determinada y conocida. Asimismo no es precisa la revocacion del testamento anterior, pues los dos deben cumplirse, no estando en contradiccion el uno con el otro, en cuyo caso ha de observarse el último; y si en ambos hubiese institucion de heredero, se partirá entre ellos la herencia, á menos que alguno de los dos crea tener mejor derecho, pues entonces se ventilará en juicio. El modo con que ha de estenderse el testamento, y el órden que ha de guardarse en su formacion, se espresarán en el capítulo siguiente. Por varias causas puede declararse nulo el testamento, aun cuando el testador no le revoque. 1ª Por defecto del testador, v. gr.: si fuere de los que tienen prohibicion legal para testar. 2ª Por error del mismo que testa; que es cuando se equivoca ó yerra en la persona instituida para sucederle, en cuyo caso no vale la institucion, por faltar la voluntad y consentimiento del testador; por egemplo, si nombrare á uno en el concepto de ser su hijo legítimo, no siéndolo (1). En este

(1) Ley 12, tit. 13, Part. 6.

Digitized by Google

caso pasará la herencia á los herederos abintestato, quedando válidos los legados y fideicomisos. 3ª Por voluntad imperfecta y no consumada del testador; para cuya inteligencia es de advertir, que el testamento puede ser imperfecto por no haber espresado bien y legalmente el testador su voluntad, por falta de solemnidad de testigos, ó por no haberse hecho publicacion del testamento. 4ª Por incapacidad del heredero instituido; en cuyo caso, aunque por derecho comun se invalidaba en todo el testamento, y no valian los legados y fideicomisos, igualmente que cuando faltaba la institucion de heredero; no sucede así, segun nuestras leyes, que han corregido en esta parte las antiguas. Así aunque no haya tal institucion, ó esta se invalide, valdrán los legados, fideicomisos, tutelas y todo lo demas que contenga el testamento si estuviere otorgado con las formalidades legales (*). 5ª Por preteri-

(*) En virtud de la ley 1, tit. 18, lib. 10, Nov. Rec. si fuese instituido heredero un incapáz, valdrán las mandas y demas disposiciones del testamento. Para la debida inteligen-

Digitized by Google

cion ó desheredacion, que es cuando el testador deja de nombrar por su heredero á un hijo ó descendiente legítimo suyo, ó le desheredá sin causa legítima. 6ª Por falta de admision de herencia, que es cuando el heredero instituido no quiere aceptarla, ó la repudia espresamente. 7ª Por la arrogacion ó legitimacion del heredero del testador. 8ª Por falta de publicacion del testamento, la cual se hace de dos modos: uno despues de la muerte del testador, cuando el testamento se formalizó en escritura, memoria ó cédula privada ante el competente número de testigos, ó verbalmente ante estos; y el otro es cuando está aun vivo el testador, á lo que llaman vulgarmente *otorgamiento*, y consiste en que estén espresos el pueblo, dia, mes y año en que se otorgó, y los testigos por sus nombres y apellidos con todas las solemnidades de que se ha hablado.

Para dar á cualquier testamento la calidad de instrumento público, deben comparecer los testigos á presencia del juez,

---

cia de dicha ley, debe leerse la única, tit. 10, de los testamentos del ordenamiento de Alcalá, pues no se recopiló entera.

y deponer acerca de la voluntad del testador, si se trata de un testamento nuncupativo; pero si fuere cerrado, solo testificarán de su otorgamiento, pues ignoran sus disposiciones. El testamento privilegiado, del que se va á hablar, no necesita otro requisito que el reconocimiento del juez.

Llámase testamento privilegiado el que por especial privilegio pueden otorgar los militares, sin sujetarse á las formalidades y requisitos que exige el solemne. Acerca del primero está en uso la Real cédula de 24 de octubre de 1778 (1), en la cual se manda que todos los individuos á quienes está concedido el fuero militar, puedan otorgar por sí su testamento en papel simple firmado de su puño, ó de cualquier otro modo en que conste su voluntad, ó bien hacerlo ante escribano con las fórmulas y cláusulas de estilo, usando á su arbitrio en la parte dispositiva de las facultades que les da la ley militar, ú observando las leyes civiles. Sobre esta materia hay que prevenir dos cosas. 1ª Que si otorgan

(1) Ley 8, tit. 18, lib. 10, Nov. Rec.

Digitized by Google

su testamento ante escribano en calidad de tal, han de concurrir al otorgamiento los testigos que previene la ley, por cuanto en tal caso no usan del privilegio concedido al fuero militar. 2ª Que á pesar de las ámplias facultades que les da este mismo fuero, no deben ni pueden omitir aquellos requisitos que se tienen por necesarios para que conste con alguna seguridad la verdadera voluntad del otorgante. Esto no se conseguirá, si testando el militar de viva voz, no hubiere dos testigos con que acreditarlo, testimonio tenido por prueba plena, el mismo que pide la ley de Partida, y el que implícitamente requiere la citada Real cédula en las palabras *de cualquier modo que conste su voluntad*, porque con un solo testigo nada se prueba plenamente. Cuando no habrá necesidad de los dos testigos será en el caso de que hiciere testamento en papel firmado de su puño; pero no se eximirá el heredero de acreditar legalmente que aquella era la firma del testador.

El testamento como acto estrajudicial puede otorgarse á cualquiera hora del dia y de la noche: el escribano no debe dar copia ó testimonio de él, sino al mismo

Digitized by Google

testador, y muerto este á los interesados; pero solo en la parte que les corresponda.

Digitized by Google

APENDICE

DE LA DECLARACION DE POBRE.

Llámase así el testamento que otorga el que no tiene bienes, y se reduce á declararlo así, rogando al cura párroco ó á otras personas, que le den sepultura gratuitamente, y hagan por su alma los sufragios que pudieren; debiendo advertirse: 1º Que esta declaracion se ha de hacer con la misma formalidad que el testamento nuncupativo. 2º Que el pobre puede instituir heredero, sustituir, mejorar y hacer legados de los bienes libres que pueda adquirir en lo sucesivo por cualquiera causa.

Digitized by Google

TITULO SEGUNDO.

Del poder para testar.

El poder para testar es un instrumento público por el cual da comision el testador á alguna persona para declarar su última voluntad, y disponer de sus bienes. El comisario (pues así se llama la persona apoderada) puede tambien obtener del testador la facultad de llevar á ejecucion sus disposiciones testamentarias; y en este caso será al mismo tiempo comisario y ejecutor del testamento.

Confieren poder para testar los que no quieren ó no pueden disponer circunstanciadamente de sus cosas, y lo hacen así por no morir intestados. Cualquiera que tiene facultad de testar puede dar dicho poder al que no tenga imposibilidad física ó legal de ser apoderado de otro, á fin de que en su nombre ordene su testamento con arreglo á las prevenciones que en el mismo poder se espresen, ó que le tenga comunicadas el poderdante (1).

(1) Ley 6, tít. 5, lib. 5, Fuero Real.

Digitized by Google

Como el poder no es testamento, si el comisario muriese sin haberle otorgado el poderdante habrá muerto abintestato, y le heredarán aquellos á quienes en este concepto corresponda. Lo mismo sucederá si dos sugetos se hubieren dado mútuamente poder para testar el uno por el otro, y muriese en tal estado cualquiera de los dos.

El comisario debe ceñirse á las espresas facultades que el testador le haya conferido; y así no puede hacer legados, fundaciones, mejoras, sustituciones, desheredamientos, etc., sin que le conceda en el poder facultad especial para cada una de estas cosas. Tampoco podrá nombrar por sí la persona del heredero, aun cuando esprese el poderdante que pueda instituir á quien le parezca; pues el testador debe hacer esta designacion por sí mismo (1); pero en órden á otras personas como las mejoradas, desheredadas ó sustituidas, puede el comisario nombrar á quien guste entre las designadas colectivamente por el testador, pues no se requiere en este caso la designacion directa.

---

(1) Ley 1, tit. 19, lib. 10, Nov. Rec.

Digitized by Google

No puede el apoderado delegar su comision en otro si el testador no lo espresa en el poder, señalándole tambien personas determinadas entre quienes pueda elegir el delegado, y lo mismo sucede en órden á nombrar ejecutores testamentarios. Si la comision se diere al que tiene cierta dignidad ú oficio, en términos que se conozca no ser por consideracion personal, se trasfiere al sucesor en el oficio en caso de muerte ú otro evento por el cual falte aquel.

Si el testador muere abintestato por haber omitido en el poder la designacion individual de heredero, no podrá hacer el comisario mas que pagar las deudas de aquel, y aplicar en bien de su alma el remanente del quinto de la herencia, pues todo lo demas se ha de repartir entre sus parientes; y en caso de no tenerlos, se invertirá todo el caudal á beneficio de su alma, dando á la viuda, si la hubiere, lo que la corresponde por derecho (1). Tampoco tiene facultad el comisario para consignar la mejora, aun cuando en el poder

(1) Ley 2, tit. 19, lib. 10, Nov. Rec.

Digitized by Google

genérica de testar se la concede el testador (1).

No puede el comisario revocar en lo mas mínimo el testamento que hizo el poderdante, ni el que otorgue á virtud del poder el mismo, aunque se reserve espresamente la facultad de hacerlo. Tampoco puede hacer despues codicilo, añadir, quitar ni declarar el testamento otorgado (2).

Cuando despues de haber instituido heredero el testador en su testamento da poder á otro para que le concluya, no podrá este disponer mas que del quinto de los bienes despues de satisfechas las cargas, á menos que en el poder conste se le confiere este para algo mas (3).

El comisario debe despachar su comision en cuatro meses perentorios desde la muerte del testador, si reside en el mismo pueblo; seis, si está fuera de él, pero dentro del reino; y un año, si se hallare en pais estranjero. Pasado este término sin haber otorgado el testamento, y practicado lo demas para que se le confirió el poder, no

(1) Ley 3, tit. 6, lib. 10, Nov. Rec.
(2) Ley 6, tit. 15, id.
(3) Ley 5 del mismo tit.

Digitized by Google

podrá ya usarle ni pedir término bajo pretesto alguno. En tal caso se entenderá haber muerto el poderdante abintestato; pero si este hubiere nombrado heredero, ó hecho alguna otra disposicion terminante, valdrá aun cuando el comisario no lo hubiere ejecutado. No obstante lo dicho acerca del término concedido por la ley al comisario, el testador tiene facultad para prorogar aquel en el poder mismo por el tiempo que le parezca.

Si el testador nombráre dos ó mas comisarios, y no se conformasen en el modo de cumplir la voluntad de aquel, se observará lo que determine el mayor número; y si alguno de ellos muriese, no pudiere, ó no quisiere evacuar su comision, se refundirá su derecho en los restantes. Si quedáren empatados en la discordia, se agregará á ellos para dirimirla el juez letrado del pueblo (1), y á falta de este el alcalde ordinario, sorteándose si hubiere dos alcaldes para que asista aquel á quien tocáre la suerte.

En el otorgamiento del poder para tes-

(1) Ley 7, tit. 5, lib. 10, Nov. Rec.

tar ha de intervenir la misma solemnidad, número y calidad de testigos que en el del testamento nuncupativo (1): se ha de insertar y relacionar el poder en el testamento que en su virtud se ordene para documentarlo, y el comisario declarará no habérsele revocado ni limitado, y que el testador falleció sin hacer disposicion alguna.

(1) Ley 8, tít. 15, lib. 10. Nov. Rec.

Digitized by Google

TITULO TERCERO.

De los codicilos, y de la cláusula codicilar.

Codicilo es una declaracion que hace por escrito el testador despues de otorgado su testamento (*), con el fin de aclarar ó variar alguna de las disposiciones contenidas en este. Puede el testador hacer varios codicilos; y el uno no revocará al otro, á menos que así lo esprese aquel, ó que sean entre sí contrarios (1).

El codicilo puede ser abierto ó cerrado, y en su otorgamiento se requiere la misma solemnidad y calidad de testigos que en el del testamento nuncupativo (2). Cualquie-

(*) La ley 1, tit. 12, Part. 6, da á entender que puede hacerse el codicilo antes de otorgarse el testamento, en cuyo caso será válido si así lo espresáre el último; mas si no se hiciere mencion en él de tal codicilo, quedará este revocado.

(1) Ley 3, tit. 12, Part. 6.

(2) Ley 2, tit. 18, lib. 3, Nov. Rec.

Digitized by Google

ro que tenga capacidad legal para testar puede hacer codicilo, guardando en su otorgamiento la solemnidad espresada en el párrafo anterior.

No puede el testador nombrar directamente heredero en el codicilo (1), ni quitar en él la herencia al que instituyó en el testamento, ni imponer condicion al que fue nombrado en este sin ella, á menos que diga *que el heredero perciba la herencia con las condiciones y en la forma que espresará en el codicilo, y no de otra suerte*, en cuyo caso valdrá la condicion, porque solo declara en el codicilo la que es, más no se la impone en este. Tampoco puede desheredar á sus herederos forzosos en el codicilo, aunque sí manifestar el delito que estos cometieron contra él, y si fueren de los que merecen la pena de la desheredacion, pudiéndose probar perderán la herencia. Asimismo no es permitido hacer sustitucion en codicilo, porque esta es una segunda institucion (2), y en suma no se

(1) Ley 2, tit. 22, Part. 6.

(2) Leyes 105, tit. 18, Part. 3, 7 y 8, tit. 3, y 2, tit. 12, Part. 6.

Digitized by Google

puede hacer en él alteracion alguna esencial del testamento.

No obstante lo dicho en el párrafo anterior, se puede en el codicilo nombrar indirectamente heredero universal, que es por fideicomiso, rogando ó mandando al instituido en el testamento, que entregue la herencia al que designa en el codicilo; debiendo advertir que la institucion directa hecha en el codicilo ó en testamento imperfecto con la cláusula codicilar, de que se hablará despues, se convierte en fideicomisaria. Igualmente se puede declarar y especificar en el codicilo el nombre del que uno quiere sea su heredero, y señalar en él al nombrado en el testamento la parte de herencia que ha de percibir, y en qué bienes, si este espresó que lo declararia y se la designaria en aquel, y no de otro modo; en cuyo caso llevará lo que le designe y no mas; si nada le señala, heredará todos sus bienes; pero si los herederos instituidos en testamento fueren dos ó mas, partirán igualmente la herencia. Tambien puede el testador nombrar en el codicilo tutor á sus hijos; pero deberá ser confirmado por el juez, lo cual no se necesita cuando es nombrado en testamento.

Digitized by Google

Otorgado el codicilo con los requisitos necesarios, será válido y producirá los efectos legales si no se revocáre por otro posterior. Tambien subsistirá aunque despues de hecho tenga el testador algun hijo.

Se puede revocar el codicilo como el testamento, interviniendo en su revocacion la misma solemnidad que en su otorgamiento ó formacion, como sucede tambien en la donacion por causa de muerte y en otras últimas voluntades.

Paso ahora á tratar de la cláusula codicilar, la cual es de dos maneras, *espresa* y *tácita*. La espresa se entiende de este modo: *Si este testamento no pudiere valer como tal, por falta de alguna solemnidad, valga como codicilo*. Tácita es aquella en que se dice: *Si este testamento no valiere como tal, valga del mejor modo que pueda valer ó que por derecho haya lugar*.

Se entiende puesta la cláusula codicilar en tres casos, aunque se omita: 1° Cuando el testamento contiene la tácita referida. 2° Cuando el testador espresa bajo de juramento que quiere se observe cuanto ordena en su disposicion, ó manda á su heredero que jure cumplirlo. 3° Cuando

Digitized by Google

testa á favor de hijos y descendientes legítimos.

La cláusula codicilar suple ademas muchos defectos en los testamentos, pues cuando estos por derecho sean nulos, valdrán si la contienen en cuanto codicilos; y así, convendrá ponerla como tambien esta otra. *De que el testamento hecho antes valga en todo lo que no fuere contrario á lo dispuesto en el codicilo:* y de esta suerte serán válidos uno y otro en lo que no se opongan.

La cláusula codicilar produce, segun la doctrina de Febrero, los efectos siguientes: 1° Que si el testamento escrito careciere de la solemnidad prescrita por las leyes, y no de la de los codicilos, valdrán todos los legados. 2° Que si el testador por no tener heredero forzoso instituye á un estraño en testamento cerrado, y este no consta de la solemnidad de testigos que requiere, pero sí de la de los codicilos y de la cláusula codicilar; se convertirá la institucion directa en fideicomiso universal. 3° Que si el padre ú otro ascendiente no instituye á sabiendas ó deshereda injustamente á algun descendiente legítimo é ins-

Digitized by Google

tituye á un estraño, por cuya razon se anula el testamento, se convierte la institucion del estraño en fideicomiso; es decir, que el descendiente desheredado ó no instituido tiene que restituir al estraño nombrado el remanente del quinto, y si fuere ascendiente el tercio. 4° Que si el padre testando á favor de sus hijos ó descendientes legítimos, nombra á uno ó mas de ellos por sus universales herederos, no instituyendo ó injustamente desheredando á los restantes, ó señalándoles menores partes que las que les corresponden por sus legítimas; los nombrados por herederos universales se entenderán mejorados en el tercio y remanente del quinto, y los preteridos ó desheredados injustamente, solo percibirán su legítima íntegra (*). 5° Que

(*) Si los preteridos nacen despues de la muerte del testador, podrá ocurrirse dificultad en cuanto á ser gravados en el tercio, considerando que si hubiesen vivido al hacerse el testamento, tal vez el padre no los habria omitido ni gravado en dicho tercio. Para obviar á este inconveniente convendrá comprenderlos en el testamento con la siguiente cláusula, á saber: *Nombro por mis herederos á N. y P.,*

Digitized by Google

si alguno hace codicilo con la solemnidad debida, y con institucion directa de heredero, será válido conteniendo la cláusula codicilar: por consiguiente, los herederos abintestato, siendo descendientes, percibirán toda la herencia menos el quinto; si fueren ascendientes las dos terceras partes de ella, y siendo parientes la restituirán al nombrado en el codicilo, reteniendo la cuarta trebeliánica, pues se reputa por fideicomiso, lo que no sucederá si el codicilo carece de la citada cláusula. 6° Que si el padre sustituye pupilarmente á su hijo ó hija en codicilo, como es de esencia de esta sustitucion que se haga en testamento para su validez, pasará la herencia del pupilo á los parientes que deben heredarle abintestato; pero estos tendrán que restituirla al sustituto, reteniendo para sí la cuarta trebeliánica, y entonces se tendrá el sustituto por heredero fideicomisario del pupilo, y se con-

---

mis dos hijos legítimos, y á los demas descendientes de legítimo matrimonio que por su órden y grado deban heredarme con arreglo á derecho.

Digitized by Google

siderará como si hubiera sido instituido por este en edad adulta (*).

(*) Lo que se dice aquí deberá entenderse respecto de los parientes trasversales que hayan de heredar al pupilo abintestato; pues siendo ascendientes, como les corresponde la herencia en calidad de herederos forzosos, no tendrán que restituir al sustituto mas que el tercio.

Digitized by Google

TITULO CUARTO.

De las diligencias que deben practicarse para la apertura de los testamentos cerrados, y para reducir á instrumento público los abiertos que se hubieren hecho en cédula ó verbalmente, sin asistencia de escribano.

El que tiene en su poder el testamento cerrado bajo que falleció el otorgante, debe presentarle ante la justicia ordinaria del pueblo en que este murió, dentro de un mes siguiente al dia de su fallecimiento: no haciéndolo así, perderá la manda que se le hubiere dejado, aplicándola en beneficio del alma del testador difunto; y no habiendo legado hecho á su favor, deberá pagar al interesado el daño que se le cause, y dos mil maravedises á la Real cámara. No se exime de este cargo el clérigo con pretesto de ser lego el juez, porque este

Digitized by Google

lo es competente, segun está declarado por las leyes (1).

El que tiene interes en el testamento, ú otro en su nombre con poder especial, puede pedir que se abra, espresando haber fallecido el testador bajo de él, jurando no pedirlo de malicia, y sí solo por creerse interesado. Este pedimento ha de presentarse al juez ordinario secular, quien providenciará que se traiga inmediatamente el testamento para abrirle, si existiere en el mismo pueblo; pero si estuviere en otro, señalará plazo al sugeto que le tenga en su poder para que le presente (2).

Antes de la apertura del testamento ha de proveer auto el juez mandando comparecer ante sí á los testigos instrumentales; los cuales, bajo de juramento que les recibirá personalmente (sin cometer este encargo á escribano ni á otro), reconocerán sus firmas y la del testador, ó del que firmó por este ó por algunos de aquellos, deponiendo tambien acerca del fallecimiento de dicho testador por haberlo oido ó

(1) Leyes 1 y 2, tit. 2, Part. 6; y 5 y 6, tit. 18, lib. 10. Nov. Rec.

(2) Ley 2, tit. 2, Part. 6.

Digitized by Google

presenciado la muerte; y no sabiéndolo, pondrá fe el escribano á continuacion del auto, con espresion de haber conocido vivo al testador, y estar al parecer muerto: y si no le hubiere conocido, de que en su casa y vecindad le aseguraron ser el mismo sugeto; pues sin acreditar su fallecimiento por uno de estos dos medios, no debe abrirse el testamento. Constando ya la certeza de la muerte y del otorgamiento, y viendo ademas el juez que el testamento ó cuaderno en nada es sospechoso, deberá abrirle ante el escribano y testigos, entregándosele á aquel para que le lea y publique delante de todos. Despues de abierto y publicado, debe providenciar por otro auto que se reduzca á escritura pública, mandando que se tenga por última voluntad del difunto; que se den á los interesados en él los traslados y testimonios que pidieren de lo que les corresponda, y que se protocolice en los registros del escribano ante quien se abra, interponiendo á todo para su mayor firmeza la autoridad de su oficio cuanto ha lugar en derecho.

No pudiendo ser habidos todos los testigos, bastará que comparezca la mayor

Digitized by Google

parte, enviándose despues la cubierta á los demas para el mismo efecto, si estuvieren enfermos ó en otro lugar, ó fueren personas muy condecoradas; debiendo advertirse, que aunque algun testigo niegue su firma, no por eso se ha de dejar de abrir el testamento. Si no pudiere comparecer la mayor parte de los testigos, y conoce el juez que de esperarlos y dilatar la apertura del testamento resultará perjuicio, deberá llamar hombres buenos y mandará abrirle, leerle y trasladarle ante ellos, quienes lo firmarán, despues de lo cual se volverá á cerrar y sellar hasta que parezcan los testigos instrumentales y le reconozcan en debida forma. Si practicadas estas diligencias no resultase cosa en contrario, las mandará unir á las otras, dándose traslado á los interesados de todo, ó de lo que á cada uno corresponda (1).

Si hubieren fallecido todos los testigos, ó se creyere así, ó se halláren ausentes sin saberse su paradero, deberá hacerse informacion de ello; de la legalidad del escribano ante quien se otorgó, si se hubiere muerto; de que al tiempo del otorga-

(1) Ley 3, tit. 2, Part. 6.

Digitized by Google

miento vivian y estaban en el lugar; y de que eran personas capaces de testificar y hacer fe. Si alguno conociere sus firmas, deberá llamársele para que las reconozca ó se comprueben; y hecho todo esto, el juez mandará abrir el testamento, y si quisiere rubricará sus hojas, aunque no es absolutamente preciso. La apertura del codicilo requiere la misma solemnidad.

A cada interesado en el testamento debe darse testimonio, con insercion á la letra, de la cláusula que le compete, cabeza y pie del testamento y nada mas, segun la práctica del dia.

Habiendo prohibido el testador que su testamento ó parte de él se abra hasta el tiempo que prefija, ó que se publique y dé traslado de cláusula determinada que señala, deberá observarlo así el juez; y si este entiende que puede resultar perjuicio de dar copia de alguna cosa que contenga, deberá mandar que no se dé, aunque el testador no lo haya prohibido (1). Por eso es muy conveniente que el juez lea para sí el testamento á presencia del escribano

(1) Leyes 5 y final, tit. 2, Part. 6.

Digitized by Google

y testigos, por si acaso contiene algo que no deba publicarse.

Si el testamento nuncupativo estuviere dispuesto en cédula ó esquela simple ante el competente número de testigos hábiles, sin asistencia de escribano, la presentará el heredero al juez con pedimento, espresando si el testador la escribió, ó quién, lo que pasó en aquel acto, y que por no haber escribano en el pueblo, ó por otro motivo urgente, formalizó su disposicion en aquellos términos, y que falleció bajo de ella, solicitando que con prévia informacion de todo, y reconocimiento de las firmas de los testigos, se declare por testamento nuncupativo lo que contiene la cédula; se den á los interesados las copias y testimonios correspondientes; se protocolice todo en los registros del escribano ante quien se presente, y que á ello interponga el juez la autoridad de su oficio en forma legal. En vista de este pedimento y cédula, el juez la habrá por presentada, mandará recibir la informacion, y que evacuada se lleve para proveer: hecho esto dará otra providencia, por la cual declarará la cédula por testamento nuncupativo, y deferirá á lo demas pretendido. Si el tes-

Digitized by Google

tador hubiere hecho su disposicion verbalmente ante el mismo número de testigos, se practicarán iguales diligencias, á escepcion de que en el pedimento se ha de pretender que las deposiciones de los testigos se declaren por testamento del difunto, omitiendo lo relativo á presentacion de cédula, porque no la hay; y declaradas aquellas por testamento, valdrán como tal, aun cuando despues fallezcan los testigos (1). Lo mismo se observará con el que pase ante notario meramente eclesiástico.

No puede hacerse pacto ni transaccion antes de la publicacion del testamento cerrado sobre la herencia ó los legados que contiene; y si se hiciere será nula, porque puede haber dolo, y ser engañado el interesado en ellos (2). Síguese de aquí que aun cuando uno afirme con juramento que el testador le legó cierta cosa, y en virtud de este juramento se la diere el heredero, si despues de abierto el testa-

(1) Ley 4, tit. 2, Part. 6.
(2) Dicha ley 1.

Digitized by Google

mento resulta ser falso, debe restituírsela (3).

(1) Ley 25, tit. 11, Part. 3.

Digitized by Google

TITULO QUINTO.

De los herederos.

Llámase heredero el que despues de la muerte de alguno ha de sucederle en sus bienes, ya en virtud de testamento, ya abintestato. Puede ser heredero cualquier individuo ó corporacion que no estén comprendidos en las escepciones de la ley, y son: los deportados; los hereges y apóstatas; los traidores y sus hijos (1); las cofradías y sociedades establecidas contra derecho, ó sin aprobacion del Rey (2). La prohibicion de las personas espresadas es absoluta. Otros hay que solo la tienen respectiva; es decir, que todos pueden instituirlos á escepcion de ciertas y determi-

(1) Así dice la ley 2, tit. 2, Part. 7, disposicion por cierto bien inhumana, y que por fortuna no está en práctica.

(2) Ley 4, tit. 3, Part. 6.

Digitized by Google

nadas personas. Tales son: 1º Los hijos naturales, aunque sean legitimados, que no pueden ser instituidos herederos por sus padres, si estos tuvieren hijos ó descendientes legítimos ó legitimados por siguiente matrimonio (1). 2º Los hijos de clérigo, fraile ó monja no pueden ser instituidos herederos por su padre ni por los parientes de este (2). 3º El confesor que asiste al testador en su última enfermedad, no puede heredarle, ni haber manda, fideicomiso ni otra cosa suya, como tampoco su iglesia: el escribano que autoriza semejante disposicion incurre por la primera vez en pena de doscientos ducados, y suspension de oficio por dos años, y por la segunda en doble multa y privacion de oficio, y cada uno de los testigos instrumentales en la de veinte ducados (*).

---

(1) Leyes 5 y 7, tit. 20, lib. 10, Nov. Rec.

(2) Leyes 4 y 5, tit. 20, lib. 10, Nov. Rec.

(*) Ley 15, tit. 20, lib. 10, Nov. Rec. «Con fecha 30 de mayo de 1830 se espidió una Real cédula en que se amplían las disposiciones de esta ley, mandando que la prohibicion de

Digitized by Google

El testador debe hacer la institucion de heredero en testamento y no en codicilo (1), pues si la hace en este, no valdrá directamente, sino como fideicomiso; esto es, se declarará por última voluntad suya, y pasará la herencia al heredero abintestato, quien deberá restituirla al instituido

---

mandas contenida en ella, se estienda á las herencias dejadas á los confesores, sus parientes, religiones ó conventos. Previene ademas S. M. se lleve á efecto la resolucion de su augusto Padre; en cuya conformidad, cuando los testadores dejen por herederos á sus almas, las de sus parientes, de otros cualesquiera, ó por vía de mandas ó legados señalen algunos sufragios, ó de cualquier modo manden hacerlos; no podrán encargarse estos á los confesores en la última enfermedad, ni á sus parientes: y si fueren religiosos, ni á sus religiones ni conventos; debiendo en los casos que se contraviniere á esto, heredar lo así dejado los parientes que segun derecho sean herederos abintestato; y en su defecto será destinado todo á obras piadosas que señalarán las justicias, á quienes se encarga velen sobre este asunto, imponiendo privacion perpétua de oficio al escribano que autorice testamento ú otra última voluntad contra esta Real disposicion.»

(1) Ley 7, tit. 5, Part. 6.

Digitized by Google

en el codicilo, reservando la parte que en su caso deba deducirse (*).

Si el testador nombráre al heredero simplemente, ó de un modo absoluto, no debe imponerle despues condicion, ni nombrarle sustituto en el codicilo; y si lo hiciere, no valdrá sino en la forma que se dirá mas adelante: bien que el escribano no incurrirá en pena alguna por otorgar este instrumento.

En la institucion de heredero debe el testador esplicarse en términos claros, designándole por su nombre y apellido; mas no con palabras que denoten algun defecto infamatorio, porque en tal caso seria nula la institucion (1), como tambien si lo hiciese por medio de señas y ademanes, ó dejase el nombramiento á voluntad de al-

---

(*) Para que valga la institucion de heredero hecha en codicilo, es indispensable, segun la citada ley 7, que en este ruegue ó mande el testador á los que hayan de heredarle que entreguen sus bienes al instituido en el codicilo. De otra manera seria nula la institucion, y no valdria ni aun indirectamente ó por fideicomiso.

(1) Leyes 6, 10 y 11, tit. 3, Part. 6.

Digitized by Google

guno (1). No obstante, será válida la institucion cuando preguntado por el escribano ú otra persona no sospechosa, *si instituye por heredero á fulano*, responde de viva voz que sí, aun cuando no pronuncie su nombre.

A pesar de lo dicho en el párrafo anterior será válida la institucion cuando el testador dice en su testamento que nombra por heredero al sugeto que designará en el codicilo, sin nombrarle entonces (2). Tambien será válida la institucion cuando se refiere á alguna memoria testamentaria, en la cual conste el nombre del instituido, porque tales memorias ó escritos se consideran parte del testamento, siempre que no se dude que son del testador (3).

Si el testador erráre en el nombre del heredero, y creyendo instituir á uno nombra á otro, es nula la institucion: lo mismo procede si instituye á alguno en el concepto de ser hijo suyo legítimo, legitimado ó adoptivo, ó pariente, no siéndolo

---

(1) Ley 11, tit. 3, Part. 6

(2) Leyes 7 y 8, tit. 3, Part. 6.

(3) Ley 12, tit. 3, Part. 6; y Matienzo en la ley 8, tit. 6, lib. 10, Nov. Rec.

Digitized by Google

en realidad, pues en tal caso falta la voluntad; mas los legados y fideicomisos que el testamento contenga, serán válidos, mientras no conste haber padecido igual equivocacion en ellos (1). Ultimamente, es nula la institucion *captatoria*, y se llama así la que tiene por objeto obligar á otro á que use de liberalidad con el testador; por ejemplo, si dijere: *instituyo por heredero á Pedro en la parte que Pablo me instituya á mí.*

El testador puede instituir heredero no solo simple y absolutamente, sino bajo de alguna condicion: llámase tal la cláusula que suspende el efecto de lo que quiere hacerse ó se promete hasta que se verifique algun acontecimiento futuro. Divídense las condiciones en posibles é imposibles. Posibles son aquellas cuyo cumplimiento no presenta obstáculo alguno insuperable; y al contrario las imposibles. Estas se subdividen en imposibles por naturaleza ó por derecho, y en imposibles de hecho: de la primera clase son aquellas que la naturaleza misma resiste, como si dijésemos:

(1) Ley 1, tit. 4, Part. 1.

Digitized by Google

nombre heredero á Juan si tocáre el cielo con la mano: por derecho lo son las contrarias á las leyes, á la honestidad, piedad y buenas costumbres, como si uno dijese: instituyo á Pedro mi heredero, bajo la condicion de que queme la casa á fulano, ó deje morir de hambre á su propio hermano (1). Las condiciones imposibles, ya sea por naturaleza ó por derecho, nada importan en los testamentos; y así el heredero ó legatario á quienes se imponen, entran desde luego en el goce de su herencia ó manda, como si hubiesen sido nombrados absolutamente (2); mas no sucede así en los contratos, que celebrados bajo condicion imposible, son nulos. La razon de esta diferencia consiste en suponerse que los que contratan de este modo hablan de burlas; suposicion que no puede hacerse en la formacion de un testamento, en cuyos momentos está tan próxima la muerte (*).

---

(1) Ley 3, tit. 4, Part. 6.
(2) Id.
(*) Ley 5, tit. 4, Part. 6. Acaso no satisfará á todos esta razon; pero no hay otra, y es preciso pasar por ella y someterse á la ley, mientras no se reforme como seria justo, igua-

Digitized by Google

No obstante, las condiciones imposibles de hecho invalidan ó anulan la institucion; y lo mismo sucede con aquellas, en tales términos dudosas, que se oponen á los fines de la institucion, las cuales se llaman perplejas. Las condiciones posibles se subdividen en varias clases, como causales, potestativas, necesarias y otras; pero sus efectos son iguales: es decir, todas deben cumplirse en los mismos términos que disponga el testador; y el heredero entra en la herencia desde el momento que la condicion se verifica. En las instituciones condicionales se admite fianza cuando consiste en el instituido el cumplimiento de la condicion; y dada que sea, percibe la herencia desde luego (1).

Si el testador hace la institucion á dia ó tiempo cierto, como por egemplo: nombro á Pedro mi heredero desde ó hasta el dia de S. Juan de tal año, es válido el nombramiento, mas no la designacion del pla-

---

lando en esta parte á los testamentos y contratos.

(1) Leyes 7 y 14, tit. 4; y 22, tit. 9, Part. 6.

Digitized by Google

zo (1); á menos que el testador sea militar en servicio activo. Lo mismo sucederá si, aunque el dia sea incierto, se hubiere de verificar forzosamente, como á la muerte de fulano. En tal caso, sea quien fuere el testador, la institucion vale, y el heredero entrará en la herencia como si no existiese tal cláusula (2).

El que se apodere de la herencia sin autorizacion judicial, habiendo otros coherederos, perderá por el hecho mismo el derecho á ella; mas si se hubiere entrometido sin derecho alguno, deberá restituir cantidad doble de la que hubiere tomado, en pena de la intrusion; sobre lo cual procederá breve y sumariamente la justicia, sin forma de proceso, ejecutando la pena con resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados, despues de poner en pacífica posesion de sus bienes á los legítimos herederos (3).

Divídense los herederos por testamento en universales y particulares. Los universales son los que suceden al testador, no

(1) Ley 13, tit. 3, Part. 6.
(2) Ley id.
(3) Ley 3, tit. 34, lib. 11, Nov. Rec.

Digitized by Google

solo en sus bienes sino tambien en sus obligaciones. Particulares son los que le suceden en alguna finca determinada ó en alguna accion ó efecto particular de cualquiera especie. Estos no quedan responsables á las cargas y obligaciones del testador, como los universales que representan en todo su persona. Subdivídense los herederos en forzosos ó legítimos, necesarios y voluntarios (1). Forzosos son los parientes del testador por línea recta (*), á saber; los descendientes y ascendientes, los cuales se llaman forzosos, porque hay obligacion de instituirlos en el testamento, cuando falta motivo legal para su desheredacion; y no haciéndolo así, pueden anular el testamento en esta parte, alegando la preterícion (2). De los heredaros necesarios hay poco que saber, porque no existen ya en nuestra legislacion, y solo

(1) Ley 21, tit. 3, Part. 6.

(*) De las líneas y grados de parentesco se habla con estension en el *Discurso preliminar*.

(2) Leyes 1 y 2, tit. 15, Part. 4; y 21, tit. 5, Part. 6.

Digitized by Google

se mencionan por mera noticia: llamábanse necesarios en el derecho romano y de las Partidas; los siervos del testador que este instituía por herederos, y estaban obligados á admitir aunque no quisiesen la herencia de su señor (1). Herederos voluntarios ó estraños son todos los que no están comprendidos en la línea recta de ascendientes ó descendientes del testador; porque aun cuando sean parientes suyos trasversales, no tienen derecho á sus bienes, ni por ser olvidados ú omitidos en el testamento les corresponde accion alguna, á no ser en un caso muy singular.

Hay tambien herederos sustitutos, que son aquellos á quienes se trasfiere la herencia por disposicion del testador, siempre que los principales la repudian, ó fallecen antes de entrar en ella ó en edad y estado de no poder testar.

Los herederos abintestato, que tambien pueden llamarse legítimos, son aquellos que por disposicion de la ley suceden en la herencia á falta de testamento. De estas

(1) Ley 21, tit. 5, Part. 6.

Digitized by Google

herencias intestadas, se hablará despues de haber esplicado todo lo perteneciente á las sucesiones hereditarias por testamento.

Digitized by Google

TITULO SEXTO.

De la sucesion de los descendientes legítimos á los bienes de sus ascendientes por testamento.

Aunque se dijo en el capítulo anterior que eran herederos forzosos los individuos comprendidos en las dos líneas rectas del testador, hay entre unos y otros notable diferencia. La línea de los descendientes legítimos es preferida, de modo que habiendo alguno dentro de ella, escluye á todos los que se hallen en las otras líneas. Entre los descendientes ocupan el primer lugar los hijos legítimos del testador, sin distincion de varones y hembras: estos son de tres clases: unos procreados y nacidos durante el matrimonio verdadero de sus padres, para el cual no medió impedimento canónico: otros que procedieron de padres legítimamente casados, aunque despues resultó entre estos algun impedimento canónico

Digitized by Google

que se ignoraba; y otros que debieron su origen á un soltero y una soltera, libres de impedimento canónico para contraer, y que se casaron despues de haber procreado al hijo, el cual se legitima por el tal matrimonio subsiguiente, aun cuando este se celebre al tiempo de la muerte de alguno de los dos contrayentes en que ya no pueden procrear (1). Tambien se hace el hijo legítimo, aunque entre el nacimiento de este y el matrimonio subsiguiente, haya mediado enlace anterior con otra muger, muerta la cual se verificase aquel.

Esta doctrina comprende tambien á los nietos: de consiguiente, si el abuelo hubiese tenido algun hijo natural en muger soltera ó viuda, y este, otro hijo legítimo; muerto dicho hijo natural, y casándose el abuelo con aquella muger en quien le

(1) Cuando hay impedimento cierto y perpétuo, v. gr. en el castrado incapáz de procrear, no puede casarse ni aun cuando lo verifique vale el matrimonio. Lo mismo sucede si el que está próximo á morir se halla decrépito, ó de tal modo ha perdido el uso de los sentidos que no puede prestar su consentimiento para contraer matrimonio, en cuyo caso ni este vale ni los hijos se legitiman.

Digitized by Google

tuvo, el nieto se legitimará para con su abuelo, y como legítimo le sucederá del mismo modo que si el matrimonio se hubiese verificado en vida del padre de su nieto.

Tambien se consideran como hijos legítimos los que proceden de padres infieles que despues se convierten á la religion católica, aunque estén en grado prohibido por derecho canónico; porque entre ellos el matrimonio es un mero contrato, y no están sujetos á las leyes canónicas hasta que se reducen al gremio de la iglesia (1). Ultimamente, son tambien legítimos los póstumos; mas para gozar del derecho de sucesion como tales hijos, es preciso que concurran las circunstancias que espresa la ley 2, tit. 5, lib. 10, Nov. Rec.

La institucion que los padres deben hacer en sus hijos, es la directa, y no la indirecta ó por fideicomiso. Llámase directa cuando en su virtud puede admitirse ó pedirse la herencia sin ministerio de otra persona; é indirecta, siempre que es precisa la intervencion de tercero. Tam-

(1) Cap. *gaudemus* 15. *Qui filii sint legitimi.*

Digitized by Google

bien ha de ser dicha institucion íntegra y sin condicion ni gravámen, por lo cual no admite coherederos estraños (1): únicamente respecto del póstumo se verifica haber una condicion tácita, y es la de que se haya de realizar su nacimiento.

Lo dicho hasta aquí se entiende no solo de los hijos legítimos propiamente tales, sino tambien de los nietos, biznietos y demas descendientes directos del testador, todos los cuales son sus herederos forzosos en su caso, escluyendo los de grado mas próximo á los mas remotos. Así, en caso de tener hijos vivos no podrá instituir herederos á sus nietos, si no que dichos hijos distribuirán entre sí la herencia por partes iguales (salvas las mejoras de que se hablará en el título siguiente), y esto es lo que se llama heredar *in capita, ó por cabezas*. No obstante, si los nietos del testador fueren descendientes de algun hijo suyo, ya difunto, deberá el abuelo instituirlos en la parte que correspondería á su padre si viviera, y esta la

(1) Leyes 7, tit. 1, Part. 6; 1, tit. 6, lib. 5 del Fuero Real. Leyes 17, tit. 1, 4 y 7, tit. 11; y 11, tit. 4, Part. 6.

Digitized by Google

dividirán entre sí á partes iguales; de modo que todos juntos en representacion de su padre muerto, heredarán tanta porcion como cada uno de sus tios; esto es lo que se llama heredar *por estirpes*.

Habiendo esplicado el órden y forma en que el testador debe instituir á sus descendientes legítimos, pasaré á tratar de la parte de herencia que debe dejarles. La ley 17, Part. 6, que daba en este particular bastante amplitud á los ascendientes, fue modificada por otras del Fuero Real que solo les concedian la facultad de disponer libremente de un quinto de su caudal en vida, y otro en muerte (1); pero despues la ley 28 de Toro redujo la facultad de dichos ascendientes á disponer en vida ó muerte de solo un quinto, prohibiendo que la suma empleada en ambas ocasiones pudiese esceder de la cuota referida (*). Por consiguiente, todos los bie-

---

(1) Ley 9, tit. 5 y 7, tit. 12, lib. 5 del Fuero Real.

(*) Ley 8, tit. 20, lib. 10, Nov. Rec. En el obispado de Ciudad-Rodrigo es costumbre inconcusa que los ascendientes puedan legar la cuarta parte de sus bienes, aun cuando tengan

Digitized by Google

nes del ascendiente, escepto el espresado quinto, forman la *legítima* de sus descendientes; y se llama así porque está designada por la ley, y el testador no puede defraudarle de la parte mas mínima de ella. Llámase la legítima *plena* ó *completa* cuando toda la herencia se distribuye por igual entre los descendientes; y *corta* ó *diminuta* cuando algunos de estos la reciben con el menoscabo del tercio, por haber el ascendiente mejorado en él á otro ú otros. Y como al mismo tiempo es libre el padre en dejar el quinto de sus bienes á un estraño, con mayor razon puede disponer de él en favor de alguno ó algunos de sus hijos, aun cuando le haya mejorado en el

---

hijos legítimos. Y no faltan autores que concedan la misma facultad, fuera de dicho obispado, á los padres que no dejan mas hijos que un póstumo, fundándose en la ley 3, tit. 12, lib. 3 del Fuero Real; pero no es así, porque estas leyes no tienen fuerza sino donde se hallan en constante observancia, como manda la ley 1 de Toro, y la citada no lo está en parte alguna. Al contrario, por las leyes 3, tit. 23, Part. 4; y 20, tit. 1, Part. 6, el póstumo en cuanto concierne á su utilidad se considera como nacido.

Digitized by Google

tercio, y esto es lo que se llama majorar, le en tercio y quinto; de lo cual se tratará con mas estension en el título siguiente.

No se debe á los hijos su legítima hasta despues de la muerte de su padre, y así no no está obligado á dársela en vida; pero puede hacerlo si quisiere, porque aquel plazo *hasta despues de la muerte* se estableció en favor suyo, y por consiguiente puede renunciar á él. Sin embargo, no deberá entregar la legítima en vida si hubiere peligro de que redunde en perjuicio del mismo hijo; por ejemplo, si este fuere menor ó pródigo. A consecuencia de las ámplias facultades que en esta materia tiene el padre, puede tambien hacer en vida la distribucion de las legítimas, y aun revocarla despues de hecha y de entregados los bienes, á menos que esprese su voluntad de que sea irrevocable. Haciéndolo así, será considerado el acto como una donacion entre vivos; pero de lo contrario no tendrá otro concepto que el de última voluntad anticipada: y es bien sabido que las últimas voluntades son revocables hasta la muerte.

Entiéndese lo dicho en el párrafo anterior sobre hacer irrevocable para siempre

Digitized by Google

la entrega de la legítima, respecto de los hijos casados ó emancipados, á quienes por la entrega que les hace de los bienes se trasfiere el dominio de ellos; mas no respecto de los hijos que existen bajo la patria potestad, pues siendo por derecho nula la donacion que hace á estos (1), es consiguiente que pueda revocarse la entrega que les haya hecho de los bienes de su legítima.

(1) Ley 3, tit. 4, Part. 5.

Digitized by Google

TITULO SEPTIMO.

De las mejoras.

Llámase mejora la porcion de sus bienes que deja el ascendiente á alguno de sus herederos descendientes, ademas de los que le corresponden á partes iguales con todos los otros. La mejora puede ser *espresa* ó *tácita*. Espresa es cuando se emplea la palabra *mejoro*, ú otra equivalente: tácita, cuando se hace simple donacion por mera liberalidad; en cuyo caso se considera mejora, y no debe rebajarse de la legítima del agraciado (1). Divídese tambien la mejora en *simple* y *condicional*. Es simple la que se hace absolutamente; y condicional la que lleva consigo alguna condicion ó carga. Las mejoras pueden hacer-

(1) Matienzo en la ley 10, tit. 6, lib. 5, Recop. glos. 1.

Digitized by Google

se, ó en testamento, ó por contrato entre vivos.

Los ascendientes directos pueden mejorar por una sola vez en vida ó muerte á alguno ó algunos de sus descendientes legítimos en el tercio y remanente del quinto de sus bienes, ó solo en el tercio: en el primer caso se llama mejora de *tercio y quinto*; pero entiéndase que este tercio y quinto ha de ser uno solo en vida y muerte: de modo que si el ascendiente testador mejorase á dos ó mas, segun puede, y no señalare á cada uno la parte ó cuota que ha de percibir de la mejora, deberá dividirse igualmente entre ellos, porque no puede haber mas que una.

La facultad que tienen los padres de mejorar está restringida por la ley, respecto de sus hijas legítimas, á quienes no pueden hacer mejora ni prometérsela con título de tal por razon de dote ó de casamiento; ni aun cuando les prometan el tercio ó quinto, se entienden mejoradas en ellos tácita ni espresamente por contrato entre vivos (1): lo cual procede, ya sea

(1) Ley 6, tit. 3, lib. 10, Nov. Rec.

Digitized by Google

la hija casada ó soltera, y se la entreguen antes de casarse, ó despues de casada, los bienes por vía de aumento de dote.

No obstante la doctrina sentada en el párrafo anterior, podrá el padre, en opinion de algunos autores acreditados, mejorar por vía de dote á su hija natural, no teniendo hijos legítimos, por las consideraciones siguientes: 1ª Porque la ley prohibitiva habla de las hijas legítimas y no de las naturales. 2ª Por cuanto á estas no se debe la legítima como á aquellas, ni son herederas de sus padres contra la voluntad de estos, ni tienen mas derecho que el quinto por vía de alimentos; por consiguiente, habiendo esta razon de diferencia, parece que no debe estenderse la prohibicion á las hijas naturales. 3ª Porque no teniendo los hijos naturales como los legítimos facultad de revocar la donacion ilimitada que haga el padre de todos sus bienes, mucho menos la tendrá para revocar la mejora que es limitada; y así ningun perjuicio se sigue al hermano natural de la mejorada, en caso de haberle.

Como los padres no pueden mejorar á la hija legítima por vía de casamiento, es preciso examinar á qué tiempo deberá aten-

Digitized by Google

derse para ver si cabe la dote en la legítima de aquella. Febrero es de parecer que debe atenderse al tiempo de la muerte del padre, y no al de la constitucion de la dote: lo 1° Porque esta es una anticipacion hecha por el padre á cuenta de la legítima que debe percibirse al tiempo de la muerte del padre. 2° Porque si aumentándose las facultades del padre dotante puede pedir la hija el suplemento de su legítima, y se le debe dar; tambien disminuyéndose, ó no cabiendo en ella tanta dote, debe sufrir su diminucion, y entenderse dotada entonces, pues quien está á la utilidad debe tambien estar á las pérdidas. 3° Porque la ley de la Nov. Rec. en que se prescribe la cantidad respectiva que pueden los padres dar en dote, se estableció para que los demas hijos no fuesen perjudicados en sus legítimas, haciéndose de peor condicion que la dotada; y si á esta se permitiese la eleccion, seria un medio indirecto de frustrar el objeto de dicha ley. Solo en dos casos podrá ser justo que se atienda al tiempo de la donacion de la dote, y no al de la muerte del dotante: 1° Cuando al casar el padre á su hija ó dotarla, cabe la dote en la legítima completa, y la hija renuncia al

Digitized by Google

aumento que pudiera corresponderla por el que recibiesen en lo sucesivo los bienes paternos, contentándose con dicha dote por todo su haber, y obligándose con juramento á no pretender nunca el suplemento de aquella. 2° Cuando le cabia la dote al tiempo de darse ú ofrecerse, y al de la muerte de su padre, considerados todos los bienes de este, pero que por mejorar á alguno de los otros hijos resulta aquella escesiva; pues no parece justo que esta disposicion paterna la perjudique, y obligue á restituir lo que poseyó legítimamente. Este dictámen de Febrero parece el mas equitativo.

La facultad de mejorar se estiende tambien á los abuelos, respecto de sus nietos y demas descendientes legítimos, no solo en el quinto, sino hasta en el tercio de sus bienes, aun cuando sus hijos, padres de los referidos nietos, estén vivos; y no solo pueden mejorar á uno, sino á dos ó mas nietos, con tal que quede alguno sin mejorar, pues la mejora supone predileccion.

Mejorando á un nieto cuyo padre fuese disipador, puede el abuelo privar á este del manejo de los bienes que constituyen

Digitized by Google

la mejora, siempre que haga constar aquel defecto; pero no del usufructo de los mismos bienes, el cual pertenece en todo caso al padre del nieto mejorado. Dúdase si la ley prohibitiva de mejorar por vía de dote ó casamiento á las hijas, comprende al abuelo respecto de sus nietas. La opinion mas fundada es, que si la nieta fuere hija de hija, no podrá su abuelo mejorarla, por la regla general de que estando uno privado de suceder, lo están tambien sus descendientes; pero si la nieta fuere hija de hijo, podrá mejorarla, porque sucede en los derechos de su padre, quien como varon no debe estar comprendido en una ley que solo habla de las hembras.

Aunque queda sentado que las hijas legítimas no pueden ser mejoradas en tercio y quinto, ni otra cosa alguna por sus padres, tácita ni espresamente, á causa de que lo prohibe la ley; se limita esto al tiempo y caso de que habla la misma; esto es, por contrato en sanidad, pero no por testamento ó por otra última voluntad, pues en esta no solo pueden hacerles legados como á los demas hijos, sino tambien mejoras; y pueden asimismo confirmar la dote inoficiosa, hecha sin sospecha

Digitized by Google

de fraude, mandando que la hija la lleve integra, en cuanto quepa en el tercio, quinto y legítima. La razon de esta diferencia consiste en que si las mejora en contrato, como este irrevocable, segun las leyes 17 y 22 de Toro, se causa grave daño; no solo al mejorante, por cuanto queda privado de sus bienes sin poder reclamar ni arrepentirse, sino á los demas hijos, porque son defraudados en sus legítimas; al contrario, haciéndolo en testamento ú otra última voluntad; en cuyo caso puede enmendar, revocar y anular la mejora hecha en aquel, y ningun perjuicio se le causa, por no surtir efecto hasta despues de su muerte.

Si el ascendiente no tuviere mas que un hijo ú otro descendiente legítimo, no puede mejorar á este ni á nadie en el tercio de sus bienes, ni imponerle gravámen alguno, á menos que siendo hijo mayor de veinticinco años consienta en ello con juramento de no reclamar. La razon es, porque el único descendiente en el grado mas próximo, ha de suceder forzosamente en todos los bienes de su ascendiente, á escepcion del quinto. No obstante, si un padre mejorase á su hijo único, bajo la condicion

Digitized by Google

de *si tuviere otro ú otros hijos*, será válida la mejora, porque el acto que puede hacerse puramente, es tambien ejecutable bajo condicion.

Si el padre mejora á un hijo en el tercio y quinto de sus bienes por última voluntad, y le impone el gravámen de restituirlos á otro hijo ó descendiente en época determinada, y despues en el artículo de la muerte hace simplemente la misma mejora en favor de otro hijo; quedará removido el gravámen impuesto al primero, porque en el hecho mismo de no haberlo espresado, se entiende haber sido su voluntad removerle.

Mejorando genéricamente el padre á un hijo en contrato ó última voluntad, sin espresar si es en el tercio ó en el quinto, diciendo solamente: *mejoro á mi hijo fulano*, lejos de viciarse esta mejora por la incertidumbre que trae consigo, es válida, y se entiende mejorado el hijo en tercio y quinto, que es cuanto la ley permite; la razon es, porque segun un axioma de derecho, lo favorable debe entenderse con toda amplitud.

Compete la facultad de mejorar los padres á sus hijos legítimos, aunque sean

Digitized by Google

habidos en diferentes matrimonios, y aun en el caso de que siendo el padre rico y la muger segunda pobre, se deba dar á esta la cuarta parte de los bienes del marido que la ley la concede.

Pasemos ahora á tratar de los pactos que suelen hacer los padres de mejorar ó no mejorar. Como los contratos reciben su fuerza y valor del convenio de los contrayentes, cuando el ascendiente promete absolutamente mejorar ó no mejorar á alguno ó á ninguno de sus descendientes, y sobre esto se otorga escritura pública (no bastando la privada), deberá cumplirlo, pues así está prevenido por la ley (1); lo cual procede, ya se haga el contrato oneroso con un tercero, ó con el hijo solamente.

Si el padre prometiere por razon de casamiento ó por contrato oneroso, no mejorar á hijo alguno, aceptando su hija y yerno la promesa, aunque despues falte á esta, parece que solo estará obligado á resarcir el perjuicio, pues en las obligaciones de hacer ó no hacer se cumple con el

(1) Ley 6, tit. 6, lib. 10, Nov. Rec.

resarcimiento de daños é intereses en caso de contravencion; por consiguiente, no podrá exigirse de él que cumpla el pacto, sino solo que reintegre á la hija de lo que la hubiera correspondido, si aquel no se hubiese quebrantado. Pero si el pacto de no mejorar fue espontáneo de parte del padre, sin mediar otra causa mas que su voluntad dirigida á que todos sus hijos consiguiesen su legítima íntegra y completa, deberá observarse el referido pacto.

Si el interesado en el pacto de no mejorar consiente en la renuncia de este beneficio, queda espedita al padre la facultad de hacer la mejora á favor de otro hijo; á menos que dicho interesado falleciere en vida de su padre dejando hijos ó descendientes, pues entonces el padre no puede mejorar á otro.

Cuando los ascendientes prometen mejorar á un hijo, y este muere sin haber renunciado á dicho beneficio, si no dejáre descendientes pueden aquellos mejorar á otro hijo; pero si al contrario dejáre sucesion, no podrán mejorar sino á estos nietos juntos, los cuales entran á ocupar el lugar de su difunto padre, y suceder en el derecho que le correspondia; por lo

Digitized by Google

que se dividirá entre todos ellos la mejora, sin que la pueda llevar uno solo: lo cual procede no obstante la ley 18 de Toro que permite al abuelo mejorar á cualquiera de sus nietos, ya esté ó no vivo el padre de estos; pues la disposicion de esta ley se entiende en el caso de que no haya precedido el pacto de no mejorar.

Aunque el padre ó la madre prometan por causa onerosa no mejorar á sus hijos ni descendientes en el tercio y quinto de sus bienes, pueden disponer de este último por su alma, á favor de causas pias ó en lo que quisieren; porque en este caso, solo el tercio es legítima necesaria de todos los hijos.

Prometiendo por causa onerosa, ó simplemente el padre ó la madre en escritura pública no mejorar á alguno de sus hijos, no pueden mejorar tampoco á sus nietos ni á otro descendiente de este hijo, porque cuando consta de la voluntad del testador, se comprenden siempre en el nombre de hijos los nietos y demas descendientes: por consecuencia, si faltando á dicha promesa hicieren la mejora, será esta nula; así como por el contrario, si habiendo prometido mejorar por causa onerosa no

Digitized by Google

cumplieren la promesa en su testamento, se tendrá por hecha la mejora (1); y habiéndose pactado que esta fuese simple y absoluta, no podrá despues ser gravada de modo alguno.

Aunque las madres y abuelas no pueden mejorar á hijo ni descendiente alguno suyo por contrato, sin licencia de su marido, tienen facultad de hacerlo cuando sus bienes son libres de tal suerte que el marido no tiene el usufructo de ellos; y aun en el caso de pertenecerle este, tambien valdrá la mejora, y no podrá revocarse mediando entrega de los bienes en que consiste, ó haciéndose por contrato oneroso con tercero: aunque no por eso podrá privarse al marido del usufructo de dichos bienes que le corresponde para soportar las cargas matrimoniales. La madre ó abuela viuda, como que ya no está en el caso de necesitar la espresada licencia, podrá mejorar á su arbitrio, ó confirmar la mejora que hubiere hecho en vida del marido; y sin esta confirmacion no será válida: ad-

(1) Ley 6, tit. 6, lib. 10, Nov. Rec.

Digitized by Google

virtiendo que aun cuando la muger casada para hacer la mejora, renuncie la ley 55 de Toro, por la cual se la obliga á pedir licencia á su marido, no valdrá la mejora por cuanto las renuncias han de ser de lo favorable y no de lo adverso.

El testador puede designar por sí mismo la finca ó fincas de la mejora, y el dinero con que deberá satisfacerse; y si esta designacion no alcanzáre para llenar el cupo de la mejora, se atenderá al modo y términos en que se haya esplicado el testador.

Habiendo señalado este en bienes determinados la mejora de tercio y quinto, ó del uno de estos solamente, se han de entregar al mejorado los propios bienes en que se la designó, y no pagársela en dinero, á menos que estos bienes, escediendo su valor á la mejora, no admitan cómoda division, ó no puedan dividirse sin detrimento suyo; en cuyo caso los demas coherederos no están obligados á dar precisamente en dinero al mejorado el importe de la mejora, sino que la pagarán en dinero ó en otros bienes de la herencia, segun quisieren, pues la ley lo deja á su arbi-

Digitized by Google

trio, respecto á que no dice que *deben*, sino que *puedan* satisfacerla en dinero (1). Si no hubiere designacion de fincas para la mejora, se ha de pagar esta en parte de la hacienda que dejáre el testador (2).

Las mejoras pueden hacerse no solo en términos espresos, como las de que hemos hablado, sino tambien tácitamente. Hay mejora tácita, cuando el padre entrega al hijo emancipado cierta cantidad para que plante viña ú olivar, ó fabrique edificio en terreno suyo; ó cuando compra alguna cosa á nombre del hijo y se la entrega. Lo mismo procede cuando la madre no teniendo ni administrando bienes del hijo, le da alimentos; pues se presume que lo ejecuta movida de piedad y con ánimo de hacerle donacion. Se entiende tambien que hay mejora cuando el padre testando entre hijos nombra á uno ó mas por sus universales herederos, omitiendo é desheredando injustamente á los restantes, ó instituyendo á todos; pero dejando á alguno ó algunos menor parte de herencia que la que debe corresponderles por sus legíti-

(1) Ley 4, tit. 6, lib. 10, Nov. Rec.
(2) Dicha ley.

Digitized by Google

mas. En tal caso, el hijo ó hijos instituidos por herederos universales, no solo percibirán su legítima, sino que se conceptuarán mejorados en el tercio y quinto, si el testamento contiene la *cláusula codicilar* y las solemnidades que previene la ley para su validacion; y los preteridos ó injustamente desheredados percibirán únicamente su legítima diminuta, de la cual no debió ni pudo privarles el padre, pues la cláusula codicilar hace que el testamento valga del modo que pueda valer.

Si los padres hicieren donacion por testamento de alguna cantidad ó finca á cualquiera de sus hijos, sin emplear la palabra *mejora*, se entiende mejorado en aquella si no escediese del tercio y quinto; pues si hubiere esceso se le descontará este en parte de su herencia Lo mismo sucederá si la donacion se hiciere entre vivos, siempre que no se hable de ella en el testamento; pues si en él espresáre el testador que el hijo traiga á colacion y particion, y á cuenta de su legítima lo que le fue dado; se entenderá que el padre no quiso mejorarle.

Haciendo el padre en su testamento ó en otra disposicion última algun legado á

Digitized by Google

su hijo ó descendiente, é instituyéndole heredero como los demas, se debe tener este legado por mejora, como si se hubiese hecho donacion en contrato. De lo dicho se deduce, que si el testador no dispone del quinto, y es de mucho valor la cosa legada, se ha de computar primero esta en el tercio y quinto; y si escede al importe de ambos, ha de aplicarse al legatario el esceso en cuenta de su legítima; pero si el testador dispone de dicho quinto se le imputará en el tercio, y el sobrante, si le hubiere, en su legítima; pues lo contrario es opuesto á lo resuelto en la ley 26 de Toro.

Si el padre ó la madre poseyendo alguna finca con el gravámen de no enagenarla, y con obligacion de restituirla á cualquiera de sus hijos, mejorasen á alguno de ellos en el tercio y quinto de sus bienes, y falleciesen sin hacer la restitucion ni mencionar la finca, no llevará en ella el mejorado la parte que le cabria en la mejora, sino que se repartirá por igual entre todos; porque las mejoras se entienden hechas en los bienes propios del mejorante, y dicha finca no lo era, ademas de que en el hecho de no haberla restituido el

padre, se presume haber sido su voluntad que se distribuyese entre todos.

El mejorado en tercio y quinto puede repudiar la herencia y aceptar la mejora, satisfaciendo antes á prorata las deudas del difunto, y quedando obligado en los mismos términos á las que pudieren aparecer en lo sucesivo (1); y en la deduccion de la mejora se ha de atender al valor que tuvieren los bienes al tiempo de la muerte del testador, y no á aquel en que se hizo la mejora.

Mejorando el padre ó la madre por última disposicion en el tercio y quinto de sus bienes á dos ó mas hijos, si el uno de ellos falleciere ó repudiase su parte, ó por otro motivo dejáre de percibirla, se acrecerá á los demas mejorados; pero si la mejora se hubiere hecho por contrato entre vivos irrevocable, no tendrá lugar el derecho de acrecer respecto de los otros mejorados; porque en virtud de la entrega de la escritura y su aceptacion se trasfirieron la propiedad y posesion de los bienes, de suerte que la parte correspondiente al me-

(1) Ley 5, tit. 6, lib. 10, Nov. Rec.

Digitized by Google

jorado difunto pertenece ya á sus herederos y no á sus hermanos.

Las mejoras de tercio y quinto son válidas, aunque el testamento del que las hizo se rescinda por pretericion ó desheredamiento injusto.

Si el ascendiente mejoráre en el quinto de sus bienes por donacion pura entre vivos á alguno de los legítimos descendientes, y á otro por testamento ó última voluntad, sin disponer del tercio, serán válidas ambas mejoras, no obstante que la ley 28 de Toro prohibe á los ascendientes mandar mas de un quinto en vida y muerte (1). La razon es porque si tiene facultad para mejorar á alguno ó varios de ellos en el tercio y quinto de sus bienes libres, claro es que deberá tenerla para disponer de los dos quintos, los cuales componen menor cantidad que el quinto y tercio, redundando el esceso en beneficio de los otros herederos.

Si los bienes del tercio y quinto se hubieren entregado en vida al mejorado en uno y otro, tendrá obligacion de pagar

(1) Ley 8, tit. 6, lib. 10, Nov. Rec.

Digitized by Google

los gastos del funeral y misas, mas no los legados que hubiere hecho el testador, porque no tuvo facultad para dejarlos; pero si al tiempo de la donacion ó mejora impusiere á dicho mejorado entre vivos la condicion de pagar los legados de su testamento, tendrá que cumplirla hasta donde alcance el quinto, y no mas. Se advierte por último que si los mejorados fuesen muchos, y el testador no hiciere ó espresáre entre ellos diferencia alguna, deberá distribuirse igualmente entre todos la mejora.

Pasando ahora á tratar de la revocacion de las mejoras, debo advertir primeramente que los autores discuerdan acerca de si puede haber mejora irrevocable respecto del quinto, pues la ley habla solo de las mejoras del tercio. Los que niegan la irrevocabilidad en las del quinto, se fundan en que siendo este lo único de que un padre puede disponer con libertad, se quedaria sin bienes, y por consiguiente imposibilitado de distribuirle á su arbitrio. Limitándome pues á la revocabilidad de las mejoras del tercio, de las cuales habla la ley, sentaré por principio general que los mejorantes pueden revocar hasta su muerte la mejora del tercio, ya por su li-

Digitized by Google

bre y espontánea voluntad, ya por haber incurrido los mejorados en alguno de los escesos por que la ley les impone dicha pena. Hablaré por su órden de uno y otro caso, empezando por el último, acerca del cual hay menos que decir, para estenderme despues en el primero.

Los escesos por que puede revocarse la mejora son los siguientes: 1° Por deshonrar de palabra el mejorado al mejorante. 2° Por acusar á este de delito que merezca pena de muerte, mutilacion de miembro, perdimiento de la mayor parte de sus bienes, ó destierro. 3° Por haber puesto en él sus manos airadas. 4° Por haberle hecho grave daño en sus bienes, ó proyectado su lesion ó muerte. Para que el mejorante pueda revocar la mejora por las referidas causas, es necesario que las pruebe en juicio; y la razon es, porque la acusacion de ingratitud irroga al mejorado una grave injuria. Aunque en cualquiera de dichos casos se revoque la mejora por ingratitud, el mejorado hará suyos los frutos percibidos, porque aquella fue válida en su principio, y solo tendrá que restituir los devengados desde la contestacion de la demanda.

Digitized by Google

La facultad de revocar las mejoras por ingratitud, corresponde únicamente al mejorante por ser personal : sin embargo, hay casos en que puede corresponder á sus herederos, á saber : cuando aquel se quejó de la ingratitud judicialmente ; cuando murió principiado el pleito, ó haciendo gestiones para principiarle ; y por último, cuando el mejorante ignoró la injuria, ó le faltó tiempo para hacer la acusacion por haberla sabido tarde.

Viniendo ahora á la revocacion de las mejoras del tercio que no dimanan de causa alguna de ingratitud, sino de la libre y espontánea voluntad del mejorante, es de saber primeramente, que esta facultad le está concedida por la ley 17 de Toro, que es la 1, tit. 6, lib. 10, Nov. Rec.; lo cual se entiende aun cuando el mejorante entregue al mejorado la posesion de los bienes de la mejora, si la hubiere hecho en testamento ú otra última voluntad; pero téngase entendido que la revocacion ha de aparecer muy clara, y que la prueba incumbe á quien afirma que hubo ó que existe la revocacion.

Puede hacerse la revocacion de dos modos : 1° Por palabras terminantes y

Digitized by Google

espresas. 2º De hecho, que es por la enagenacion de la cosa en que consiste la mejora; de modo que si esta fuere de cuota cierta, v. gr., del tercio en general, y el mejorante enagenáre dicha cuota, se entenderá revocada la mejora; y si solo enagenáre parte de ella, la mejora quedará disminuida en la cantidad enagenada. Para que la enagenacion de la mejora suponga revocacion, ha de ser hecha por título lucrativo, pues se verifica por voluntad libre; pero no si fue hecha por título oneroso, por cuanto supone necesidad, mientras no se pruebe lo contrario (1).

Si la mejora estuviere consignada en alguna finca ó alhaja, y la enagenáre voluntariamente el mejorante, se entiende revocada aquella; mas no por la mera promesa de venderla, ni por arrendarla, aunque sea por largo tiempo (2). Y si el mejorante tuviere necesidad de hacer dicha enagenacion, ya sea por urgencia propia ó por otra causa onerosa, no se revocará la mejora; advirtiendo que en caso de duda se

(1) Ley 40, tit. 9, Part. 6.
(2) Leyes 17 y 40, tit. 9, Part. 6.

presume haberla tenido, mientras no se pruebe lo contrario (1).

Si un padre legáre ó donáse á un hijo cierta cantidad ó finca, y despues mejoráre á otro en tercio y quinto, se entenderá revocada la mejora en el importe de la suma donada ó legada. Asimismo se conceptúa revocada la mejora, si habiéndola hecho el padre á favor de algun hijo con el fin de que se case con cierta muger, faltáciere esta antes de verificarse el matrimonio; á menos que conste haberse hecho dicha mejora, no solo por causa del matrimonio, sino por consideracion al hijo, en cuyo caso no se revoca: y por punto general, mas bien debe presumirse hecha por aficion al hijo, que por consideracion al casamiento. Igualmente se presume revocada la mejora, si despues de haberla hecho el padre, interviene entre él y su hijo grave enemistad: lo cual procede aunque luego otorgue codicilo, y no haga en él mencion de la mejora; pero si el padre y el hijo se reconciliasen, convalece aquella.

Si habiendo hecho un padre mejora re-

(1) Ley 10 al fin, tit. 9, Part. 6.

Digitized by Google

vocable del tercio y quinto de sus bienes, y entregádole la mayor parte de estos tuviere despues otros hijos, ¿se duda si se revocará ó no esta mejora por el posterior nacimiento de estos? Aunque algunos autores están por la afirmativa, es mas fundada la opinion contraria: 1º Porque por la mejora no son perjudicados los hijos posteriores en su legítima necesaria ó rigorosa. 2º Porque cuando el padre hizo la mejora fue con el conocimiento de que podria tener otros hijos; y aun cuando se diga que no fue propiamente mejora por ser el mejorado único entonces, sino una mera donacion, y que las donaciones se revocan por el nacimiento posterior de los hijos (1), esto se entiende cuando aquellas son hechas á favor de estraños; pero las que se hacen á favor de algun hijo, se revocan por los hermanos que nacen despues, solo en cuanto á lo que corresponde á estos por su legítima rigorosa, pues en lo demas se sostendrá como mejora lo que en su principio fue mera donacion.

Si el padre enagenáre voluntariamente

---

(1) Ley 8, tit. 4, Part. 5.

Digitized by Google

la finca de la mejora, y despues de haberla enagenado la volviere á comprar y existiere en su patrimonio al tiempo de su muerte, convalecerá la mejora. Si señálare la mejora en cosa cierta, y vendiéndola despues compráre otra, se sustituirá esta en lugar de aquella. Y si mejora en cosas ciertas suyas propias, y ademas en una que es agena, con la condicion de *si le perteneciere al tiempo de su muerte*, y en efecto se verifica así por haberla adquirido; se entregará al mejorado como parte de su mejora.

Se conceptúa revocada la mejora que hubiere hecho el testador á uno de sus herederos, por otra posterior, espresando en esta que la hace porque se guarde igualdad entre ellos; en cuyo caso, ambos heredarán igualmente. Y si habiendo hecho la mejora á entrambos por una misma causa, revoca luego la del uno, espresando que hace la revocacion porque se observe igualdad entre ellos, se entiende tambien revocada para el otro.

Aunque segun queda sentado puede el mejorante revocar la mejora hecha en estado de sanidad ó en testamento, se esceptúan cuatro casos en que la ley no se

Digitized by Google

lo permite, y la mejora se hace irrevocable. 1° Cuando el mejorante puso por sí mismo en posesion al mejorado de la cosa en que le consignó la mejora; y si es de cuota (v. gr. el tercio), de los efectos que le componen. 2° Cuando le entrega ante escribano la escritura de mejora. 3° Cuando el contrato se celebró con un tercero y medió causa onerosa, como casamiento ú otra semejante (1). En estos tres casos es irrevocable la mejora, á menos que el mejorante se reservase por cláusula espresa la facultad de revocarla; ó concurriese alguna de las causas por las que segun nuestras leyes pueden revocarse las donaciones perfectas. El cuarto caso, del cual no habla la citada ley, es cuando el instrumento ó escritura de mejora se afirma y corrobora con juramento, siempre que no sea contra las buenas costumbres, ni redunde en perjuicio de tercero.

(1) Ley 17 de Toro.

Digitized by Google

TITULO OCTAVO.

De la sucesion de los ascendientes legítimos á los bienes de sus descendientes por testamento.

Nuestras leyes comprenden la segunda línea recta, que es la de los ascendientes legítimos (*) entre los herederos forzosos, imponiendo á sus descendientes la obligacion de instituirlos por falta de sucesion en todos sus bienes adventicios y profecticios, castrenses y cuasi-castrenses (1), sin esceptuar los adquiridos por el hijo ordenado *in sacris* en razon de su ministerio (2), es-

(*) La legitimidad de los ascendientes no se ha de su propia persona; sino respecto de la de los descendientes, á quienes han de heredar; y así nada importa que el padre sea natural ó espúrio de nacimiento, siempre que su hijo sea legítimo.

(1) Ley 1, tit. 20, lib. 10, Nov. Rec.

(2) Ley 12 id.

Digitized by Google

ceptuando el tercio de todos ellos, del cual pueden los descendientes disponer á su arbitrio, así en vida como por última voluntad. De consiguiente, faltando descendientes legítimos y legítimados, deberán aquellos instituir á sus ascendientes, observando el órden y reglas que se especificarán hablando de esta sucesion abintestato, pues son las mismas que se observan por testamento.

Esta obligacion de los descendientes legítimos comprende del mismo modo á los que están bajo la patria potestad, que á los emancipados; y aunque las leyes 6 y 7, tit. 17, Part. 4, permiten al hijo disponer en propiedad y usufructo de todos sus bienes castrenses y cuasi-castrenses, están derogadas por las siguientes palabras de dicha ley 6 de Toro: *En todos sus bienes de cualquiera calidad que sean*; las cuales le obligan á disponer de solo el tercio de tales bienes, igualmente que de los adventicios.

No solo sucederán los ascendientes á sus legítimos descendientes, careciendo éstos de hijos ú otros descendientes legítimos, sino tambien cuando desheredan á estos é ins-

Digitized by Google

tituyen á un estraño: en cuyo caso los ascendientes como omitidos, pueden quejarse de la preterición, pretendiendo se les declare herederos y escluya al estraño instituido; bien que la tercera parte de la herencia, que es de lo que dicha ley 6 de Toro les permite testar, será para el estraño instituido, pues ya que su voluntad no puede valer en el todo, se cumplirá en lo que ha lugar por derecho.

No sucederán sin embargo los ascendientes en los bienes de mayorazgo ni en los de enfitéusis, porque estos no se trasfieren por derecho hereditario, á menos que esté dispuesta otra cosa en su constitucion: lo mismo se observaba en los feudos; pues el padre y abuelo no sucedian al hijo ó nieto que tenia feudo, y moria sin descendencia (1).

Tampoco sucederán los ascendientes á sus descendientes cuando renunciaron la herencia y el derecho hereditario que tenian á sus bienes; ni cuando el hijo dispone de ellos á favor de otro cualquiera, precediendo para ello licencia jurada de su

(1) Ley 7., tit. 26, Part. 4.

Digitized by Google

padre: ni cuando este consiente el testamento en que su hijo le omite ó pasa en silencio, y deja á otro por su heredero, ó dispone íntegramente de sus bienes en cualquier otra forma.

Digitized by Google

TITULO NONO.

De los herederos estraños por testamento.

Llámanse herederos estraños los que no son descendientes ni ascendientes del testador; y así se comprenden bajo esta denominacion, no solo aquellos que no tienen parentesco alguno con él, sino tambien sus parientes colaterales, inclusos los hermanos. No hay duda en que procederá mas equitativamente el testador nombrando herederos á sus parientes pobres, si los tuviere, con preferencia á otros que no lo sean; pero el derecho le da facultad para disponer de sus bienes en perjuicio de aquellos (1). Solo hay un caso en que el hermano tiene derecho para reclamar contra el testamento pidiendo que se anule, y es cuando el testador su hermano insti-

(1) Leyes 1, tit. 6, lib. 3, Fuero Real; y 2 y 12, tit. 7, Part. 6.

Digitized by Google

tuye heredero á algun sugeto infame ó de mala vida: por tales se tienen las mugeres mundanas, los ladrones, los falsarios, los hijos espúrios, los usureros, los clérigos amancebados públicamente, y otros declarados infames por la ley. En este caso corresponde al hermano omitido ó preterido la accion de querella (*), y probado el defecto del instituido, se anula la institucion (1). Sin embargo, el hermano no podrá intentar la querella en los tres casos siguientes: 1° Si hubiere maquinado contra la vida de su hermano. 2° Si le hubiese acusado de crímen que merezca pena capital ó perdimiento de miembro. 3° Si le hubiese hecho perder la mayor parte de sus bienes, ó puesto los medios para que los perdiera (2).

(*) Esta querella es la que se llama de *inoficioso testamento*, la cual tiene lugar cuando el preterido ó desheredado pretende ser falsa la causa de desheredacion alegada por el testador, ó bien cuando esta ha sido hecha sin espresar causa alguna. Probándose la falsedad de la causa en el primer caso, ó el grado de parentesco que constituye heredero forzoso al preterido sin ella, se rescinde el testamento.

(1) Leyes 2 y 12, tit. 7, Part. 6.

(2) Id.

Digitized by Google

Careciendo el testador de herederos forzosos puede instituir á uno ó á muchos estraños, ya sean ó no parientes suyos, con tal que no tengan prohibicion legal de heredar, é imponerles las posibles y honestas condiciones que guste, debiendo ellos cumplirlas para percibir la herencia, ó dar caucion y seguridad de que las cumplirán, ó practicarán para ello las competentes diligencias (1).

Aunque el derecho romano dividia la herencia en doce partes llamadas *onzas*, segun el nuestro puede el testador dividirla en las que quisiere, é instituir á sus herederos de tres modos: 1° Señalando á todos los que han de percibir de sus bienes. 2° Señalando su parte á unos, y á otros no. 3° No señalándola á ninguno (2).

Cuando el testador señala á todos sus herederos las partes ó porciones que han de percibir de su herencia, es claro que debe repartirse entre ellos segun dicha distribucion; y si dejáre algo sin repartir, se aplicará á los herederos instituidos con

(1) Leyes 7 y 14, tit. 4, Part. 6,
(2) Leyes 16 y 18, tit. 3, Part. 6.

Digitized by Google

proporcion á la parte que señaló á cada uno. Si dividiese la herencia en cuatro porciones, por egemplo; instituyendo por iguales partes á tres herederos en los tres, sin hacer mencion de la cuarta, deben llevar esta con igualdad los instituidos en las tres; pero si lo fueron igualmente, llevará cada uno de ella lo que segun la institucion le corresponda proporcionalmente (1); y lo mismo debe observarse en los legados (2). Pero si el testador instituye cuatro herederos, y á cada uno en cuatro partes de la herencia; se ha de dividir esta en diez y seis, y llevar cada uno las cuatro que dice el testamento (3).

Nombrando herederos el testador en esta forma: *Instituyo á Pedro por mi heredero en la mitad de mis bienes, y á Juan en la otra mitad*, añadiendo luego, *y en la misma parte en que instituyo á Juan, sea heredero Francisco*, no se dividirá la herencia en tres partes iguales, sino que Pedro llevará la mitad de ella, y Juan y Francisco la otra mitad por partes igua-

(1) Ley 17, tit. 5, Part. 6.
(2) Ley 33, tit. 9, Part. 6.
(3) Ley 18, tit. 5, Part. 6.

Digitized by Google

les; porque las palabras del testador manifiestan haber querido que estos se reputasen por uno; que como conjuntos percibiesen y dividiesen entre sí la mitad de su herencia, y que Pedro, como único, llevase la mitad.

Si en caso de duda fueren preguntados los testigos instrumentales, y declaráren que fueron instituidos ciertamente los sugetos por quienes se les pregunta, pero que no se acuerdan en cuantas partes; se debe suponer que lo han sido por partes iguales. Y siempre que se dude acerca de la cuota ó porcion de la herencia en que uno fuere instituido por no estar especificada, se dividirán los bienes del instituyente segun la mas verosimil intencion de este.

Instituyendo el testador á uno por su heredero en cosa señalada, y no disponiendo del resto de sus bienes en aquel testamento, ni nombrando heredero en otro que despues haga; el instituido heredará solamente aquella cosa, y el resto de la herencia pasará á los herederos abintestato, porque segun la ley 1, tit. 18, lib. 10, Nov. Rec., que modifica el derecho antiguo, puede verificarse que uno

Digitized by Google

muera intestado en parte, y con disposicion testamentaria en otra.

Instituyendo el testador por su heredero á uno en la parte que le tiene señalada en su codicilo ó en su primer testamento, si no se encontráre en estos tal señalamiento, se entiende escluido de esta sucesion; y lo mismo procede si le instituye en la parte en que otro tiene nombrado al mismo testador, no siendo cierto ó no constando esto último. Pero si el testador se refiere á tiempo futuro, v. gr., instituyéndole en la parte que le señalará en su codicilo, aunque no se verifique este señalamiento, llevará la herencia, porque se reputa instituido en el todo.

El segundo modo de instituir herederos y distribuir la herencia, es cuando el testador nombra varios, señalando á unos sus respectivas partes, y á otros no: en cuyo caso llevarán aquellos las que les señaló, y estos el resto de la herencia. Pero si por estravagancia ó distraccion instituyere á uno por heredero de todos sus bienes, y despues á otro, mandando que este lleve el resto de su herencia, el primero los llevará todos, y el segundo nada; pues en cuanto á él es ilusoria la institucion,

Digitized by Google

á menos que el primero tenga incapacidad legal absoluta de heredar, y el testador diga que en la parte que no puede suceder instituye al otro, pues entonces todo lo llevará el segundo, y nada el incapáz (1): bien que si la incapacidad fuere temporal, podrá ser instituido para cuando cese.

El tercer modo de distribuir la herencia es cuando el testador no señala las partes que ha de llevar cada uno ó alguno de ellos, en cuyo caso todos la deben partir igualmente, y en duda se presume haber querido que se observase igualdad entre ellos.

Ofrécense ahora dos dudas de importancia en que están discordes los autores, y para cuya solucion hay que recurrir muchas veces á congeturas, á saber: 1ª Si los herederos instituidos por el testador le sucederán ó no igualmente y al mismo tiempo, ó por órden sucesivo. 2ª Si le sucederán *in capita* ó *in stirpes*; esto es, por cabezas ó por ramas. En cuanto á la primera, es claro que si los instituye junta-

(1) Ley 17, tit. 5, Part. 6.

Digitized by Google

mente, y no para que suceda uno cuando falte el otro, por egemplo, si dice: *Nombro por mis herederos á Pedro, y al hijo y nieto de este*, deberán sucederle todos igualmente y al propio tiempo, y no por órden sucesivo, aunque están en diversos grados; porque en el hecho de instituirlos de esta suerte, se presume que no quiso anteponer unos á otros.

En órden á la segunda duda, que consiste en saber si la sucesion ha de verificarse por cabezas ó estirpes, debe observarse que si el testador instituye varios herederos, al uno de ellos por su propio nombre ó separadamente, y á los otros de un modo colectivo, no heredarán todos con igualdad, sino que el instituido por sí solo llevará la mitad de la herencia, y todos los demas juntos la otra mitad: la razon es porque todos los conjuntos se reputan por una persona, y no ocupan mas que un lugar, y el instituido con separacion otro. No obstante, si el testador añadiere á la institucion alguna palabra por la cual se conoce ser su voluntad que hereden todos uniformemente, v. gr., si dice: *Instituyo á Pedro y á los hijos de Juan por mis he-*

rederos en partes iguales, herederán todos con igualdad.

Si el testador instituyere genéricamente por herederos á sus hermanos, ó les legáre alguna cosa, y unos fueren enteros y otros medios hermanos, serán admitidos solamente los primeros á la herencia ó legado: lo 1º Porque en duda se supone haber querido disponer con arreglo á derecho, segun el cual son preferidos los hermanos enteros. 2º Porque la disposicion del que murió testado se ha de juzgar en duda por las reglas que rigen abintestato. 3º Porque se presume mayor aficion á los hermanos enteros que á los medios. Pero si el testador solo tuviere un hermano entero, por el hecho de llamar á sus hermanos en plural, se conceptúan tambien llamados é instituidos los medios hermanos.

Instituyendo el testador por sus herederos á sus hermanos, ó haciéndoles algun legado, no por eso son llamados los hijos de otro hermano suyo muerto: lo 1º Porque no hizo mencion de ellos: lo 2º Porque en la disposicion del testador se debe tener en mayor consideracion la proximidad de grado; y lo 3º Porque en el nom-

Digitized by Google

bre apelativo de hermanos se comprenden solo los que se hallan en segundo grado y no los posteriores.

Entre los herederos estraños se comprenden los *usufructuarios*, que son los que instituye el testador para que gocen del producto y uso de sus bienes por tiempo determinado ó por el de su vida, pasado el cual se incorpora el usufructo con la propiedad, y pertenece al heredero de esta. Compréndense igualmente los fideicomisarios y fiduciarios, que son los que el testador instituye para que entreguen la herencia á la persona ó personas que designa.

Para que sea válida la institucion de los herederos estraños, han de estar libres de impedimento legal en tres tiempos: 1° Cuando son instituidos. 2° Cuando muere el testador. 3° Cuando aceptan la herencia (1). Si el heredero estraño fuere inhábil para el manejo de sus bienes, tiene facultad el testador de encargar la admi-

(1) Ley 22, tit. 5, Part. 6.

UNIVERSIDAD CENTRAL BIBLIOTECA DERECHO

Digitized by Google

ministracion de ellos á quien le parezca, con postergacion del padre de dicho heredero, si no mereciese su confianza.

Entre los herederos extraños se comprenden los usufructuarios, que son los que instituye el testador para que gocen del producto y uso de sus bienes por determinado ó por el de su vida, para el cual se incorpora el usufructo con la propiedad, y pertenece al heredero de esta, comprendiéndose igualmente los fideicomisarios y fideicisos, que son los que el testador instituye para que entreguen la herencia á la persona que de-[illegible]

Para que sea válida la institucion de los herederos extraños, han de estar libres de impedimento legal en tres tiempos: 1º Cuando se instituyó. 2º Cuando murió el testador. 3º Cuando aceptan la herencia. Si el heredero extraño fuere [illegible] para el usufructo de sus bienes, ó se [illegible] el testador le encargare la admi-

---

(1) L. 22, tit. 2, Part. 6.

TITULO DIEZ.

De las sustituciones de herederos.

Sustitucion se llama el nombramiento de otro heredero para que este perciba la herencia, á falta del instituido en primer lugar. Es de dos modos *directa* é *indirecta*. Por la primera percibe el sustituto la herencia sin intervencion de nadie, y por la segunda la obtiene por medio de otra persona. La sustitucion de heredero en general se divide en cuatro especies, que son: *vulgar*, *pupilar*, *ejemplar* y *fideicomisaria*.

Sustitucion vulgar es aquella que *directamente* se puede hacer á todos y para todos (1); y es de dos clases, *espresa* ó *tácita*: espresa, como cuando se dice: *Ins-*

(1) Leyes 1 y 2, tit. 5, Part. 6.

tituyo á Juan por mi heredero, y si este no lo fuere á Antonio. Si el primero muere antes de entrar en posesion de la herencia, ó no quiere aceptar, pasará al segundo; y lo mismo sucederá si al último se hubiese nombrado otro ú otros sustitutos, los cuales deberian suceder en su respectivo caso: tácita, como en el siguiente egémplo: *Nombro por mis herederos á Pedro, Antonio y Juan para que el que me sobreviva sea mi heredero.* Si á la muerte del testador viven todos, llevarán la herencia á partes iguales; y si uno solo estuviere vivo, la percibirá integramente. En suma, la sustitucion vulgar fallece y caduca luego que entra la herencia en el primer instituido.

Sustitucion pupilar es *aquella que hace directamente el testador á sus hijos legítimos impúberos que están bajo su patria potestad;* siendo de advertir, que aunque el padre no tiene potestad sobre el póstumo hasta que nace, puede este ser instituido heredero y sustituido pupilarmente. Nadie sino el padre puede hacer esta sustitucion, y para que sea válida se requieren las condiciones siguientes: 1ª Que el pupilo sea descendiente legítimo del tes-

Digitized by Google

tador. 2ª Que esté bajo su potestad, á menos que sea póstumo. 3ª Que sea menor de catorce años si es varon, y de doce si es hembra (1). 4ª Que sea instituido, ó legítimamente desheredado; bien que la sustitucion valdrá aun cuando haya sido desheredado ú omitido sin causa. 5ª Que sobreviva al padre, pues si muere antes que este, caduca la sustitucion. Aunque esta se haga en una sola cosa ó finca, se estiende á todos los bienes del pupilo, siendo hecha directamente.

La sustitucion pupilar puede ser manifiesta ó tácita, y de ambos modos falleciendo el hijo en la edad pupilar, heredará el sustituto no solo los bienes del testador, sino los que por otra cualquier razon le toquen (2). Egemplo de sustitucion manifiesta: *Instituyo por mi heredero á N. mi hijo legítimo, menor de catorce años; y si llega á heredarme y muere antes de cumplirlos, nombro á Juan por mi heredero.* Egemplo de sustitucion tácita: *Instituyo por mi heredero á N. mi hijo legítimo,*

(1). Leyes 5, tit. 5, Part. 6; y 4, tit. 18, lib. 10. Nov. Rec.

(2) Ley 5, tit. 5, Part. 6.

Digitized by Google

menor de catorce años; á J. y F. mis amigos, y mando que el que de estos sea mi heredero, lo sea de mi hijo: ó en estos términos: *Instituyo á N. mi hijo legítimo que se halla en la edad pupilar, y si no fuere mi heredero establezco por tal á F. en su lugar.* Esto sin embargo no procede cuando el testador tiene dos hijos, uno mayor de catorce años y el otro menor, y los nombra por sus herederos diciendo, que si alguno de ellos muere antes de entrar en la herencia, ó no quiere ser su heredero, lo sea el otro en su lugar; pues si el menor quisiere serlo, aceptase la herencia y muriese antes de la pubertad, no puede el mayor entrar en ella por la sustitucion pupilar tácita, sino por la proximidad de parentesco abintestato (*). Lo propio se ha de observar cuando algun estraño es instituido por heredero sus-

(*) La citada ley 5 da la razon siguiente: «Ca pues que en el mayor hermano non pueden avenir estas dos substituciones pupilar et vulgar; mas la vulgar tan solamente, guisada cosa es que aquella sola sea guardada en el menor.»

tituto, junto con el hijo menor del testador (1).

El abuelo no tiene facultad para sustituir pupilarmente á su nieto, porque este no está bajo su patria potestad, sino en el caso de no haberse velado el padre del impúbero, pues por falta de la velacion cae el nieto bajo la potestad del abuelo (*).

Aunque el padre desherede á sus hijos por alguna de las causas especificadas en el derecho, puede sustituir pupilarmente á los mismos en sus propios bienes castrenses, cuasi-castrenses ó adventicios, y en los que hereden de sus madres ó de otros parientes, como tambien gravar al sustituto en los que adquieran por cualquiera razon, con tal que no sea en los de su madre (2). Mas para desheredar al pupilo ha de tener este por lo menos diez años y medio cumplidos, porque antes de esta edad no los considera el derecho ca-

(1) Ley 5, tit. 5, Part. 6.

(*) Asi se infiere de la ley 3, tit. 5, lib. 10, Nov. Rec., pues para tenerse por emancipado el hijo ha de ser casado y velado.

(2) Leyes 6, tit. 5; y 5 al fin. tit. 9, Part. 6.

Digitized by Google

paces de cometer delito que les haga dignos de la desheredacion (1).

Si un menor de catorce años adoptado por arrogacion fuere sustituido pupilarmente por el arrogador, el sustituto no heredará de los bienes del pupilo mas de la cuarta parte que á este le corresponde por derecho de los bienes del adoptante, ó lo que algun amigo suyo hubiese dado al menor: todo lo demas que este tuviere debe pasar á sus parientes mas cercanos, si su padre natural no hubiese ordenado en razon de ellos otra cosa en su testamento (2).

El sustituto que sucede en los bienes del pupilo á virtud de la sustitucion pupilar, queda tan dueño de ellos, como si el mismo pupilo, siendo mayor de veinticinco años y capáz de testar le hubiera instituido heredero, con tal que tenga capacidad legal; pues si le falta pasarán los bienes al que deba heredar al pupilo abintestato (3). Muriendo este ha de acep-

(1) Ley 6, tit. 5, Part. 6.
(2) Ley 9 id.
(3) Ley 7 id.

Digitized by Google

tar el sustituto no solo los bienes que le corresponden por parte de padre, sino tambien los que le toquen por la de su madre, ó los que le dejen sus parientes ó algun estraño; pero esto solo tiene lugar cuando el sustituto fue establecido por heredero juntamente con el menor: entonces como que ha de representarle en el todo, no se le permite eleccion ni aceptacion parcial (1).

Teniendo madre ú otro ascendiente el hijo impúbero, si este falleciere, solo heredará el sustituto pupilar la tercera parte de los bienes pertenecientes al pupilo de que solo pudiera disponer, pues las otras dos corresponden por derecho á los ascendientes. Y aun para evitar disputas en cuanto al derecho de heredar el sustituto aquella tercera parte, convendrá que el padre al hacer la sustitucion pupilar use de la siguiente cláusula: *Y en caso que esta sustitucion no se verifique en el todo, quiero que valga á lo menos en la tercera parte de los bienes de dicho mi hijo, la que lego al citado F. en propiedad y usufructo*

(1) Ley 8, tit. 5, Part. 6.

Digitized by Google

desde el dia siguiente al del fallecimiento de aquel.

La institucion pupilar se invalida por las causas siguientes: 1ª Por llegar los pupilos á la pubertad. 2ª Cuando el testamento en que se hizo la sustitucion se invalida ó anula por alguna causa legal. 3ª Cuando el testador hace otro testamento válido con revocacion de las anteriores. 4ª Por el nacimiento posterior de algun hijo ó hija, de quien el padre no hizo mencion en su testamento. Nótese por último, que si el sustituto muere antes que el instituido, no trasmite á otro el derecho que tenia á suceder por la sustitucion pupilar, escepto en algunos casos que pueden verse en los autores.

Sustitucion ejemplar, es decir, á ejemplo de la pupilar, se llama aquella que hacen los padres y abuelos á sus descendientes legítimos cuando son fátuos ó dementes (1). Tambien la madre puede sustituir de este modo á sus hijos legítimos, y aun á los naturales, cuando se les debe la legítima, pero no á los espúrios.

---

(1) Ley 11, tit. 5, Part. 6.

Digitized by Google

La sustitucion ejemplar se ordena en estos términos: *Instituyo por mi heredero á N. mi hijo legítimo, y si falleciere en la locura ó fatuidad que padece, establezco por mi heredero á F.*, en cuyo caso, muriendo el hijo en la demencia ó fatuidad, heredará el sustituto todos sus bienes. En esta sustitucion se ha de observar con precision el órden siguiente:

Se ha de nombrar por sustitutos á los hijos del loco ó fátuo; á falta de ellos, á los nietos y demas descendientes por su órden y grado; y no teniéndolos, á sus hermanos enteros ó medios, con tal que estos sean de la línea del ascendiente que los instituye; despues á los hijos que estos hayan dejado, y á falta de todos los referidos, á los estraños (1). El sustituto estraño, y aun el hermano del loco, no sucederán en la herencia de este habiendo ascendientes; pues por la ley 6 de Toro son estos preferidos, aunque algunos opinan de diferente modo, pero sin fundamento.

Tambien pueden el padre y la madre

(1) Ley 11, tit. 5, Part. 6.

Digitized by Google

sustituir ejemplarmente, observando el órden espresado, á sus hijos sordo-mudos que no sepan leer ni escribir, y que son incapaces de testar; pero no en el caso contrario de que puedan manifestar su voluntad por escrito, y tengan capacidad para hacer testamento.

La sustitucion ejemplar acaba por cualquiera de las tres causas siguientes: 1ª Cuando el loco ó fátuo recobra su juicio y memoria, y no vuelve despues á perder el seso. 2ª Si en aquel estado tuviese sucesion. 3ª Cuando el que hizo la sustitucion la revoca por testamento posterior (1). Adviértase por último que los descendientes no pueden sustituir ejemplarmente á sus ascendientes, aunque pueden ser sus curadores, porque no hay ley que para ello los autorice.

Sustitucion fideicomisaria se llama cuando el testador nombra á uno heredero, y le ruega ó manda que restituya á otro la herencia (2). Esta sustitucion es indirecta, porque el verdadero heredero no percibe

(1) Ley 13, tit. 5, Part. 6.
(2) Dicha ley.

Digitized by Google

directa é inmediatamente la herencia del testador, sino por medio de otro instituido con el gravámen de restituirla: se llama fideicomisaria porque se encomienda á la fe de alguno. Puede hacerla cualquiera que tiene facultad de testar, y se ejecuta en esta forma: *Instituyo por mi heredero á N., y le ruego, mando ó quiero que esta herencia mia que le dejo, la tenga tanto tiempo, y despues la restituya ó entregue á Juan.*

La sustitucion fideicomisaria tiene lugar únicamente entre herederos estraños, pues á los legítimos no se puede gravar con fideicomiso. Nuestras leyes han hablado poco de esta especie de sustitucion: solo tenemos la 14, tit. 5, Part. 6, la cual dispone *que el que es rogado de esta manera debe dar la herencia al otro que el testador mandó, sacando para sí la cuarta parte de ella*: la 8, tit. 11 de la misma Partida en que se esplica cómo y en qué casos debe hacerse esta retencion; y la 1, tit. 18, lib. 10, Nov. Rec., en la cual se dice: *que si alguno dejáre á otro en su postrimera voluntad por heredero, ó le legáre ó mandáre alguna cosa para que la dé á otro alguno, á quien sustituyeré en la herencia ó*

Digitized by Google

manda; si el tal heredero ó legatario no quisiere aceptar ó renunciáre la herencia ó el legado, el sustituto ó sustitutos lo puedan haber todo. Esta ley ha corregido en este punto las del derecho comun, que invalidaban los fideicomisos por la falta de aceptacion del heredero, y lo dispuesto en la 14, tit. 5, Part. 6, en órden á que no queriendo el heredero recibir la herencia, pudiese apremiarle á ello el juez del lugar. Los intérpretes han hablado largamente de la materia, distinguiendo los casos en que puede tener lugar esta sustitucion, y los respectivos derechos de los herederos fiduciarios y fideicomisarios, limitándome yo á hacer las observaciones siguientes:

Instituyendo el testador muchos herederos, é imponiendo á uno el gravámen de que entregue su parte á los coherederos, no han de percibirla estos igualmente, sino con respecto á la institucion (1). Si el fideicomisario muere antes de la aceptacion, ó toma posesion de la herencia, pasa á sus herederos el derecho que le corresponde si la sustitucion es pura; mas no si es condicional. El heredero gravado con-

(1) Ley 5, tit. 5, Part. 6.

Digitized by Google

dicionalmente ó para cierto dia, tiene obligacion, si el testador no lo prohibe, de dar cuentas al fideicomisario despues de la entrega; en cuya atencion deberá aquel formar inventario, como principal fundamento de ellas, y dar á este una copia por la cual conste qué es lo que ha de entregarse llegando el tiempo, ó verificándose la condicion. Gravándose al heredero en la entrega de la herencia *cuando él quiera*, vale la sustitucion, y habrá de entregarse aquella despues de su muerte, por suponerse que antes no quiere; y lo mismo sucederá en el caso de dudarse cuándo deba hacerse la entrega. Si el testador instituyese heredero universal á un descendiente legítimo ó natural, sea varon ó hembra, y mandase que se entregue la herencia despues de su muerte á un estraño ó á otro descendiente del testador, se entiende gravado con la condicion tácita *si no tuviere hijos ó descendientes* (1); pero si el heredero fuere estraño ó ascendiente se observará lo contrario, como asimismo siempre que el gravado tenga hijos y lo sepa el testador.

(1) Ley 10, tít. 4, Part. 6.

Digitized by Google

Esplicado ya lo correspondiente á cada una de las especies de sustitucion, paso á hacer ciertas observaciones generales que abrazarán, ya á todas ellas, ya á algunas en particular. Sea la primera la siguiente: Si el testador nombra á uno por su heredero y le sustituye, se entiende que tiene la misma aficion al sustituto que al instituido; por lo cual la parte que deja al heredero se entiende repetida en la sustitucion, y esa misma llevará en su caso el sustituto, á menos que conste la voluntad contraria del testador, que es la única regla de escepcion en este punto.

Así como la sustitucion se declara por la institucion precedente, y la voluntad del testador se infiere de probables conjeturas, del mismo modo un grado de sustitucion declara otro grado, á menos que entre la institucion y la sustitucion haya diversidad patente: y así la cláusula puesta al fin de las sustituciones, se refiere á todos los grados cuando no se da ó señala razon de diferencia, lo cual procede tambien en la sustitucion pupilar.

Cuando el testador instituye á uno por su heredero y le nombra por sustituto á su hermano con sus hijos, aquel llevará la

Digitized by Google

mitad, y estos la otra mitad; porque como fueron llamados colectivamente, se reputan por una persona, á menos que el testador diga que los sustituye igualmente, ó que los designe por sus propios nombres, pues entonces sucederán igualmente por cabezas.

Instituyendo el testador tres ó cuatro herederos, y sustituyendo para despues de la muerte de todos otros dos ó tres, si muere cualquiera de los instituidos deben ser admitidos por iguales partes los sustituidos á heredar lo que cupo á este en la particion con los demas herederos, y de esta parte se ha de adjudicar á cada uno la suya. Lo propio tendrá lugar cuando hubiere sido hecha la sustitucion al último que muriese de los herederos, pues el sustituto heredará á este, y no los coherederos. Todo lo cual se entiende á menos que los instituidos sean personas que segun la verosímil intencion del testador escluyan á los sustitutos; por egemplo, cuando instituye á sus hijos y descendientes, y les da por sustitutos á estraños.

Si el testador para despues de la muerte de todos los herederos que instituyó hubiese nombrado por sustitutos del último

Digitized by Google

que falleciere á algunos en toda la herencia ó bienes que les dejó, se conceptúa haber recíproca sustitucion entre los mismos instituidos, por lo cual la parte de los que van muriendo se ha de dividir entre ellos á prorata (1), segun fueron instituidos.

Por conclusion de esta materia esplicaré la siguiente cuestion, á saber: si la condicion puesta al heredero instituido, se entenderá ó no repetida en el sustituto y pasará á él. Regularmente no pasa, antes bien se entiende instituido puramente á menos que en él se repita. Mas para mayor aclaracion de este punto conviene hacer las distinciones siguientes: Cuando la condicion causal fue puesta restrictiva y personalmente al instituido, no se juzga repetida en el sustituto, porque en el hecho de circunscribirla el testador al primero, es claro que no quiso imponérsela al segundo. Lo propio sucede cuando se impone á cierto grado ó persona ya nombrada. Pero si la condicion causal fuere puesta á todos los grados y personas llamadas en el testamento, así por institucion como por sus-

(1) Ley 3, tit. 5, Part. 6.

Digitized by Google

titucion, se juzga repetida, y que todos son nombrados del mismo modo. Si la condicion potestativa inherente á la persona fuere puesta al heredero instituido, no se presume repetida en el sustituto; pero si dicha condicion puesta al instituido no es inherente á la misma persona de este, se entiende repetida en el sustituto. Por último, si la condicion y gravámen se imponen despues de los grados de institucion y sustitucion, comprenden á los instituidos y sustitutos, y se presumen juntos y repetidos en todos y en cada uno.

Digitized by Google

TITULO ONCE.

Del derecho de acrecer en las herencias.

La ley 1, tit. 18, lib. 10 de la Nov. Rec. modificó en esta materia el derecho romano y el antiguo de las Partidas. Segun ella solo tendrá lugar el derecho de acrecer cuando procede de la voluntad del testador, la que quiso dicha ley 1ª se guardase y cumpliese religiosamente. Segun esta regla no habrá derecho de acrecer en las herencias cuando uno solo es el instituido en cosa cierta ó cuota de ella, ó cuando son varios los instituidos con partes espresas señaladas por el testador á cadá uno; en cuyos casos irán á los herederos legítimos ó abintestato los demas bienes vacantes de que no dispuso el testador. Pero si este instituyese á muchos juntándolos, ó en toda la herencia ó en alguna parte de ella, habrá entre ellos derecho de acrecer por juzgarse ser esta

Digitized by Google

la voluntod del testador cuando les llama juntos á una cosa. Esta doctrina es la mas fundada, y debe tenerse siempre muy presente para modificar ó corregir los autores, que por apartarse á veces de estos principios no discurren con la debida consecuencia.

Instituyendo el testador á algun estraño por heredero universal de todos sus bienes, si este admite ó acepta alguna cosa ó parte de su herencia, se entiende que la acepta toda; y así conseguirá las demas partes, no por derecho de acrecer rigorosamente, sino por el de la institucion y por la espresa voluntad del difunto.

Cuando el testador instituye directamente á dos ó mas estraños por sus herederos, ó sucediéndole abintestato como parientes suyos; si el uno acepta su parte, y el otro repudia la suya, heredará esta el sustituto, si le hubiere, y si no pasará á los parientes del difunto que tengan derecho de sucederle abintestato.

Digitized by Google

TITULO DOCE.

De los desheredamientos.

Desheredar á uno es privarle del derecho que tenia de heredar á alguno de sus ascendientes ó descendientes legítimos; de lo cual resulta que no puede haber desheredacion con respecto á los estraños.

La desheredacion debe hacerse nombrando el testador al desheredado por su nombre y apellido, ó con otras palabras que le designen claramente (1), siendo ademas indispensable que se haga sin condicion y de toda la herencia.

Los padres pueden desheredar á sus hijos por las siguientes causas: 1ª Por poner en ellos mano airada. 2ª Por maquinar contra su vida, por cualquier

(1) Ley 4, tit. 7, Part. 6.

Digitized by Google

medio que fuere. 3ª Por causarles grave daño en su hacienda. 4ª Por acusarlos de crímen que merezca pena de muerte ó destierro (1). 5ª Por infamarlos en términos que menoscaben su reputacion. 6ª Por tener acceso carnal con su madrastra ó manceba. 7ª Por darse el hijo á hechicerías ú otras supersticiones de esta especie (2). 8ª Por no querer fiar á su padre preso por deudas; lo que no se entiende con las hijas, por estar prohibido á las mugeres el ser fiadoras. 9ª Por impedirle que haga testamento, ó bien que deje á otro algun legado; y probada que sea la violencia por el legatario, este percibirá el legado y aquel perderá la herencia. 10 Por lidiar con fieras por precio contra la voluntad de su padre. 11 Por resistirse, siendo hija, á casarse, dotándola el padre segun su clase, si despues se hace ramera; pero si no repugna el casamiento, y por diferirlo su padre hasta pasar ella de los veinticinco años se prostituye, ó se casa contra la voluntad de aquel, no puede desheredarla. 12 Por no recoger y alimentar al ascen-

(1). Ley 4, tit. 7, Part. 6.
(2) Id.

Digitized by Google

diente que perdió el juicio, y anda vagando, y por no querer encargarse de su cuidado cuando un estraño que le ha recogido por caridad le ruega que lo haga, y él se niega á hacerlo. En este último caso, si el ascendiente muere intestado, debe llevar el estraño todos sus bienes, perdiéndolos el descendiente, y quedando nulo el testamento anterior hecho antes de la demencia en que dejaba á este por heredero, aunque valdrán los legados (1). 13 Por apostasía del descendiente siendo el ascendiente católico (*).

Para que valga el desheredamiento de los descendientes, no solo han de espresar

(1) Ley 5, tit. 7, Part. 6.

(*) Por la Real Pragmática de 23 de marzo de 1776 que es la ley 2, tit. 2, lib. 10, Nov. Rec., se impone entre otras la pena de la desheredacion al hijo que se case sin el consentimiento paterno; y aunque en otra posterior de 28 de abril de 1809 (ley 3 del mismo título) que deroga en parte la anterior, no se espresa si es ó no justa causa de desheredacion la falta de dicho consentimiento paterno, parece que queda en todo su vigor la disposicion primera, pues subsiste en el mismo código, y no está revocada.

Digitized by Google

sus ascendientes las causas, sino tambien probarlas ellos mismos, ó bien el heredero que instituyeren; pues de otro modo no será válido (1), á menos que el desheredado consienta de cualquier modo en la desheredacion, pues entonces no puede reclamar contra ella, ni será oido en juicio (2).

Tambien es nula la desheredacion cuando el testamento en que fue hecha se revoca por el testador, ó se anula y rescinde por cualquiera causa (3).

Para ser desheredado se necesita ademas, que este tenga por lo menos diez años y medio, que es la edad en que uno puede ya ofender y delinquir; por consiguiente, nunca puede ser desheredado el póstumo (4).

Tambien pueden los descendientes desheredar á sus ascendientes legítimos por las siguientes causas: 1ª Por acusarlos de delito que los esponga á muerte ó mutilacion. 2ª Por tramar su muerte en cual-

(1) Leyes 8 y 10, tit. 7, Part. 6.
(2) Ley 6, tit. 8, Part. 6.
(3) Ley 2, tit. 7, Part. 6.
(4) La misma ley.

Digitized by Google

quiera forma. 3ª Por acceso carnal con la muger del desheredante. 4ª Por impedirle disponer de sus bienes segun derecho. 5ª Por maquinar el desheredado, sea padre ó madre, la muerte de su consorte. 6ª Por no proporcionar alimentos á su descendiente loco ó fátuo. 7ª Por apostasía del desheredado, siendo católico el desheredante (1).

Como los hermanos no son herederos forzosos, no se necesita causa alguna para que sean desheredados; pero cuando el testador instituye á una persona infame, tiene el hermano derecho para reclamar y anular el testamento, segun se ha dicho en otra parte.

Aun cuando no intervenga desheredacion, hay varias causas por las cuales se pierde tambien la herencia. 1ª Cuando el testador hubiere sido muerto por obra ó consejo de algun socio del heredero, y este, sabiéndolo, entrase en la herencia antes de quejarse judicialmente del agresor; pero si la muerte hubiere sido hecha por otro cualquiera, no perderá la herencia aunque

(1) Ley 11, tit. 7, Part. 6.

Digitized by Google

haya tomado posesion de ella antes de querellarse, siempre que lo verifique en el término de cinco años despues de cometido el asesinato. 2ª Si el mismo heredero por obra suya, culpa ó consejo hubiere causado la muerte del testador. 3ª Si el heredero hubiere tenido trato carnal con la muger del testador. 4ª Si el hijo acusase de falsedad el testamento de su padre en que es instituido heredero, y por sentencia judicial se declarase aquel válido. 5ª Si fuere incapáz de heredar la persona á quien por ruego ó mandato del testador se entrega la herencia.

Digitized by Google

TITULO TRECE.

De la revocacion del testamento.

El testamento puede revocarse ó anularse. *Se revoca* por otro posterior, hecho con las formalidades que previene la ley. *Se anula* por varias causas; á saber: por falta de institucion de heredero; por el nacimiento de algun hijo tenido por el testador despues de haber otorgado el testamento, y por otras causas que espresan las leyes 18, 19, 20, 21 y 22. tit. 1, Part. 6.

Un testador puede revocar su última voluntad cuantas veces quiera, aun cuando se obligue á no hacerlo, pues en esto no puede imponerse á sí mismo ley alguna (1). Así deberá cumplirse el último que hiciere, pues no pueden subsistir dos testamentos

(1) Leyes 15, tit. 7, Part. 6, y 11, tit. 20, lib. 10, Nov. Rec.

Digitized by Google

perfectos. Esto no solo tiene lugar cuando una persona testa por sí sola, sino tambien cuando testan dos de conformidad, como marido y muger, pudiendo el que sobrevive revocar su testamento, lo mismo que si hubiere testado solo. Si en el que otorgaron de conformidad marido y muger se nombran mútuamente usufructuarios, instituyendo á otro por heredero de los bienes de entrambos, y muerto uno de los consortes revoca el sobreviviente su testamento instituyendo nuevo heredero; estará obligado á devolver al que heredó los bienes del consorte difunto, el usufructo que de ellos tenga percibido.

Aunque por regla general el testamento posterior revoca el precedente, hay dos casos en que este prevalece. 1° Cuando se otorga el segundo, por creer el testador que ha fallecido el heredero instituido en el anterior, espresando que esta creencia es la que le obliga á otorgar nuevo testamento; en cuyo caso pertenecerá la herencia al primer heredero, si vive, y solo valdrán del último testamento las mandas y demas disposiciones que contenga (1).

(1) Ley 21, tit. 1, Part. 6.

Digitized by Google

2.ª Cuando el primer testamento tiene cláusula derogativa; por ejemplo: *Es mi voluntad que este testamento sea válido, y no otro que antes tenga hecho, ni el que haga despues de él; pues los revoco y anulo todos enteramente, escepto el presente.* Con esta prevencion será ineficáz el último, á menos que en él instituya herederos legítimos, y en el primero un estraño (1). Pero como estas disposiciones suelen presumirse cautelosas, y de ellas resultan á veces funestas consecuencias; para evitarlas convendrá estender la revocacion en estos términos: *Y por el presente revoco y anulo todos los testamentos y demas disposiciones testamentarias que antes de ahora haya otorgado por escrito, de palabra ó en otra forma, para que ninguna valga, aunque haya sido formalizada con juramento de no ser revocada, y contenga los mayores vínculos, seguridades, penas y cláusulas derogatorias permitidas por derecho, y cualesquiera pretestos ó fundamentos para derogar esta (de todo lo cual, por no acordarme, no hago especial mencion, pero*

(1) Ley 22, tit. 1, Part. 6.

Digitized by Google

lo doy por inserto, como si literalmente lo fuera); ni haga fe, judicial ni estrajudicialmente, escepto este testamento, que por ser otorgado con pleno uso de mi libre albedrio, y no los demas, como lo juro en solemne forma legal, quiero que se estime y tenga por tal, y por mi última deliberada voluntad en la forma que mas haya lugar en derecho para su mayor estabilidad y validacion.

Con la anterior cláusula quedará revocado cualquiera otro testamento, aunque contenga juramento de no serlo, y cláusulas ó palabras derogatorias que no se inserten en el último.

Digitized by Google

TITULO CATORCE.

De las mandas ó legados.

Para proceder con órden y la brevedad posible, compendiaré la doctrina sobre legados, que es bastante difusa, comprendiéndola en los ocho artículos siguientes: 1° Naturaleza del legado, y sus diferentes divisiones. 2° Personas que pueden legar, y las que tienen prohibicion de percibir legados. 3° Cosas que pueden ó no legarse. 4° Legados puros, condicionales, á dia cierto etc. 5° Derecho de acrecer que tienen los legatarios. 6° Modo de estinguirse los legados. 7° Acciones que tienen los legatarios, y obligacion de los herederos para hacer la entrega de ellos. 8° Esplicacion de varios casos, y otras observaciones que para evitar confusion se tratan separadamente.

Legado es una dádiva que hace el testa-

Digitized by Google

dor en su testamento ó codicilo á favor de alguno, ó en beneficio de su alma. Los legados ó mandas se dividen en forzosas y voluntarias. *Forzosas* se llaman las que están impuestas como un gravámen de la herencia, y consisten en cierta contribucion para objetos piadosos, como la conservacion de los santos lugares de Jerusalen, redencion de cautivos, y otros semejantes. En ellas se atiende á la práctica del pais, y su importe es proporcionado á los posibles y voluntad del testador; pero no han de bajar de treinta y seis maravedises, á menos que sea un pobre de solemnidad. En Madrid y dentro del rádio de ocho leguas, es manda forzosa dejar por lo menos cuarenta y ocho maravedises en favor de los santos hospitales de la córte (*). Man-

(*) En Real cédula de 16 de setiembre de 1813 se mandó que todos los testamentos que se otorgasen en esta monarquía, contengan una clánsula de manda forzosa; á saber, de doce reales vellon en las provincias de la Península é islas adyacentes, y tres pesos en las de América y Asia, á fin de aliviar á las familias que hubiesen padecido en la guerra con los franceses, llamada de la independencia, que empezó en 1808 y acabó en 1814.

Digitized by Google

das *voluntarias* son las que dependen de la voluntad del testador. De estas, unas son *genéricas*, y otras *específicas*. Genéricas son las que no designan cosa alguna individual y determinada, y tambien las que están sujetas á número, peso y medida, como trigo, aceite, un caballo. Las específicas, designan individualmente la cosa legada, como la casa que tengo en tal calle, el caballo negro, dando de ellas tan claras y terminantes señales que no dejen duda. En las mandas genéricas no adquiere dominio el legatario (*) hasta el momento en que el heredero se las debe entregar; pero en las específicas le adquiere desde la muerte del testador.

Toda persona que tiene capacidad legal para testar, puede hacer legados, no dejándolo al arbitrio de otro, ordenándolo él mismo, con palabras y señales tan claras y ciertas que se conozca su voluntad, y no se dude del legatario ni de la cosa legada (1); bien que puede dejar á su heredero

(*) Llámase legatario, aquel en cuyo favor se hace el legado.

(1) Ley 1, tit. 9, Part. 6.

Digitized by Google

ó á otro la facultad de elegir personas inciertas de una corporacion cierta que le señale.

Puede adquirir legados, cualquiera que no tiene prohibicion de ser heredero, y aunque la tenga al tiempo de hacerse el legado, si al del fallecimiento del testador carece de ella, se le considera idóneo para admitirle. Puede legar el testador, no solo sus bienes sino tambien los agenos, sobre lo cual es de advertir que si el testador supiere que la cosa legada es agena, está obligado el heredero á comprarla para entregársela al legatario, ó darle el valor de ella, si el dueño no quisiere venderla; pero si el testador al hacer el legado ignorase que la cosa era agena, no valdrá aquel, y por consiguiente no tendrá el heredero que entregar la cosa ni el valor de ella, á menos que la manda haya sido hecha á favor de la muger, pariente ó criado del testador, por cuanto se presume que aun sabiendo no ser suya la cosa, la hubiera legado en razon del efecto que se supone mediaba entre él y el legatario (1).

---

(1) Ley 10, tit. 9, Part. 6.

Digitized by Google

Tambien debe notarse, que en el legado específico de cosa agena no se trasfiere el dominio de derecho, como en el de cosa propia.

Si el testador legáre alguna cosa suya empeñada por el tanto ó mas de su valor, debe redimirla al heredero para entregarla al legatario, ora supiese dicho testador que estaba empeñada, ora lo ignorase; pero si estuviese en prenda por menos de su valor, solo en el caso de saberlo el testador estará obligado el heredero á redimirla; pues ignorándolo, tendrá que luirla ó desempeñarla el legatario (1).

Si la cosa que se legó estuviese empeñada á beneficio del testador por dinero que este hubiese prestado sobre ella, y la legáre el mismo que la empeñó, valdrá la manda; pero deberá el legatario entregar á los herederos el dinero prestado por el testador, si quisiere recobrar desde luego la cosa prestada (2).

Ademas de las cosas existentes, pueden tambien legarse las futuras; por ejemplo,

---

(1) Ley 11, tit. 9, Part. 6.
(2) Ley 16 del mismo título.

Digitized by Google

los frutos que ha de producir tal huerta, campo ó heredad (1); y las cosas incorpóreas, v. gr., las servidumbres, derechos y acciones que le competen: siendo de advertir que si despues de legado el débito, reconviniere el testador al deudor exigiéndole el pago de aquel, se entiende revocada la manda; mas no si el deudor lo satisficiese de su propia voluntad sin habérselo pedido (2).

No se pueden legar las cosas siguientes, y aunque se leguen es nula la manda, á saber: las cosas propias del Rey ó del Estado, sin su permiso; los bienes de las iglesias; las plazas, ejidos ú otras cosas comunes de las ciudades, villas y lugares; los mármoles, pilares, puertas y demas cosas puestas en los edificios para su adorno y seguridad.

De seis modos puede hacer los legados el testador: 1° Puramente. 2° A dia cierto. 3° Bajo condicion. 4° Con cierto modo. 5° Con alguna señal ó demostracion. 6° Con causa (3).

---

(1) Ley 12, tit. 9, Part. 6.
(2) Ley 15, tit. 9, Part. 6.
(3) Ley 2, tit. 4, Part. 6.

Digitized by Google

Se entiende hecho puramente el legado, cuando el testador manda alguna cosa ó cantidad sin prefijar tiempo, dia, condicion ni calidad que suspenda el pedirla ó entregarla; y al que alega no ser puramente hecho el legado, incumbe la obligacion de probar la condicion, el dia ó la calidad.

Se dice legado á dia cierto, cuando el testador le hace señalando el dia ó tiempo en que se ha de entregar y se puede pedir. Acerca de este legado, dice Febrero que antes de llegar el dia señalado nacen la accion de pedirle y la obligacion de pagarle, y que así puede pagarle el heredero antes que llegue el dia prefijado, porque es preciso que llegue, y toca al legatario como dueño por la traslacion de dominio (1). El reformador de Febrero notó aquí dos aquivocaciones, en que á su parecer incurrió el autor: 1ª Diciendo que nacen antes de llegar el dia, la accion de pedir el legado y la obligacion de pagarle. 2ª Que el dominio de lo legado á cierto dia se trasfiere despues de muerto el testador y antes que aquel llegue, en el legata-

(1) Ley 34.

Digitized by Google

rio y sus herederos. El adicionador de Febrero impugna largamente al señor Gutierrez sobre estos dos puntos; y yo haciéndome cargo de las opiniones de uno y otro, y de la doctrina del autor, procuré en la primera edicion del Febrero Novísimo aclarar esta materia con alguna estension, como podrá verse en el tomo 6°, páginas 348 y 349.

Resumiendo ahora en breves palabras lo que allí dije, entiendo que la primera de dichas dos equivocaciones tachadas á Febrero por el señor Gutierrez, es imaginaria. Este opina que nace, antes de llegar el dia, la accion para pedir el legado, y la obligacion de pagarle *para cuando llegue el dia*; esto es, que no hay obligacion de satisfacerle antes. Esto es muy cierto, y cabalmente Febrero pensaba del mismo modo, cuando dice que el heredero *puede* pagarle antes que llegue el dia: aquel *puede* significa que está en su arbitrio el hacerlo si quiere, pero que no hay obligacion hasta llegar el dia. Por otra parte la accion y la obligacion son correlativas; si nace la accion antes de que llegue el dia, tambien debe nacer la obligacion, pues aquella supone á esta, ó lo que es lo mismo, exis-

Digitized by Google

ticido el derecho de pedir, existe al mismo tiempo la obligacion en otra persona contra quien corresponda aquel. Por lo que hace al otro punto de la traslacion de dominio, es claro que el del legado á dia cierto pasa al legatario desde que muere el testador; y la razon que da Febrero, es por ser preciso que llegue el dia, lo cual no sucede en el condicional, por cuanto puede verificarse ó no la condicion; pero esto debe entenderse en mi dictámen cuando el legado á dia cierto es de cosa específica. Así que, la única equivocacion del autor fue el haber puesto por ejemplo un legado de cosa genérica, en el cual no se traslada el dominio desde la muerte del testador, como él mismo habia ya sentado.

Si el dia fuere incierto, no nace accion ni obligacion alguna hasta que este llega, porque puede no verificarse, y se estima como condicion; pero si el legatario muere antes que llegue el dia, pasa el legado á sus herederos como si fuese puro.

Bajo condicion puede hacerse el legado, por ejemplo: *Lego á Pedro tal cosa, si hiciere esto, ó si tal sucediere.* Para inteligencia de esta doctrina debo advertir: 1° Que la palabra *si* indica condicion, y

Digitized by Google

la voz *para* modo. 2º Que la condicion es un acto ó futuro acontecimiento, al cual se remite la disposicion para que sea ó no válida.

De las condiciones, unas son casuales, porque dependen de casualidad ó de un futuro contingente; otros se llaman potestativas, por cuanto dependen de la potestad ó voluntad del hombre; otras son mixtas, porque dependen en parte de la voluntad del hombre y parte del acaso; por ejemplo, la de casarse con cierta persona. Llámanse otras ciertas ó necesarias, las cuales aunque tienen la apariencia de casuales, no lo son, por cuanto es preciso que se cumplan: v. gr., si fulano muriere. En las casuales potestativas y mixtas no tiene derecho el legatario á la manda, ni el heredero estraño á la herencia hasta que se verifique la condicion (1). Las condiciones ciertas ó necesarias no hacen el acto condicional; y así el legatario como el heredero pueden pedir la manda ó la herencia luego que muere el testador (2).

---

(1) Ley 8, tit. 4, Part. 6.
(2) La misma ley.

Digitized by Google

Hay tambien condiciones de presente, de tiempo pasado, y de futuro. Las dos primeras obligan al instante, y no suspenden el acto; pero si fueren ciertas es nula la disposicion. Las de futuro no causan efecto alguno al presente, y solo hay la esperanza de que le surtirán con el tiempo (1). Otras condiciones son espresas, y otras tácitas: se llaman espresas las que pone espresamente el testador en la institucion ó legado, y tácitas las que se entienden puestas aunque el testador no lo esprese: v. gr., si lega el fruto de una viña, en cuyas palabras se embebe la condicion de que el fruto haya de nacer; ó bien cuando la manda consiste en una renta anual, pues se supone que el legatario viva. Otras consisten en *dar* y otras en *hacer*; y siendo posible lo que el testador manda dar ó hacer, no percibirán el legado ó la herencia el legatario y heredero, hasta que lo cumplan; pero si la condicion es prohibitiva, como cuando le encarga que no dé ó haga tal cosa, y puede cumplirla, debe dar la *caucion muciana*, con fianzas de que

(1) Ley 21, tit. 9, Part. 5.

Digitized by Google

no le dará ó hará, para que se le entregue el legado; porque de lo contrario no le percibirá; y si despues de percibido procede contra lo prometido, ha de restituir el legado con frutos (1). Ultimamente debo advertir que cuando la condicion es de hecho, como decir á cierta parte ó conseguir tal dignidad, no basta que se cumpla si lo ignora aquel á quien se impone, lo que no sucede si la condicion es de derecho, pues con tal que se cumpla percibirá el legatario su legado, aun cuando lo ignore.

Hay tambien legados que se llaman *modales*, y son aquellos en que la cosa legada se deja para un objeto ó fin determinado: v. gr., *Dejo á Juan una viña para que con su producto socorra á su madre*. La virtud y efecto de este legado son, que el legatario no pueda pedirle ni se le deba entregar antes de cumplir el modo con que se hizo, sin dar caucion ó fianza y seguridad de cumplirle (2); á menos que el testador

(1) Leyes 7 y 14, tit. 4 y 22, tit. 9. Part. 6.

(2) Ley 21, tit. 9, Part. 6.

Digitized by Google

quiera espresa ó tácitamente que antes de entregársele lo cumpla, pues entonces no basta la fianza. Esto procede aunque el testador añada condicion al modo, diciendo: lego á N. cien ducados con la condicion de que dé ó haga tal cosa; pues será modo y no condicion, porque mas se atiende á su mente y voluntad que á los términos con que se espresa. Pero cumpliendo el legatario con el precepto del testador, adquiere dominio irrevocable en la cosa legada, y esta se trasmite á sus herederos, como tambien la obligacion de dar fianza de cumplir lo prometido. Cuando hay ambigüedad en las palabras del testador, deben antes tenerse los legados por modales que por condicionales.

Poniendo el testador al legatario ó heredero muchas condiciones juntas, aunque dirigidas á diversos fines, deben cumplirlas todas para adquirir derecho y poder percibir el legado ó herencia; pero si las pone alternativamente, v. gr., mando á N. tal cosa si diere tanto á los pobres, ó fuere á tal romería, basta que se cumpla cualquiera de ellas; como tambien bastará en el caso de que se encaminen las condiciones á un

Digitized by Google

solo fin, aunque estén puestas de un modo conjuntivo (1).

Si se pone una condicion á muchos, basta que cualquiera de ellos la cumpla ó en él se verifique para que sea válido el legado: y si el testador instituye muchos herederos ó legatarios, á unos bajo condicion, y á otros sin ella, percibirán estos inmediatamente el legado ó su parte de herencia, y aquellos nada hasta que la condicion se cumpla; á menos que el dejarse de cumplir provenga de un accidente, y no de culpa de ellos, despues de haber hecho las mas vivas diligencias para verificarlo, pues en tal caso se tiene por cumplida la condicion (2).

Pueden asimismo los legados ser *causales*, ó hacerse con causa: v. gr., lego á N. tanta cantidad por haberme hecho tal obsequio, en cuyo caso vale el legado, aunque esto no fuese cierto; por quanto no se requiere espresion de causa en lo que se hace por mera liberalidad, lo cual procede, ya sepa ó ignore el testador que la causa es

(1) Ley 1, tit. 9, Part. 6.
(2) Ley 22 del mismo título.

verdadera ó falsa; á no ser que su heredero pruebe que á haber sabido ser falsa la causa no hubiera hecho el legado, pues en tal caso esta escepcion le vicia (1).

Trataré ahora del derecho de acrecer que tienen los legatarios, segun el órden que se indicó en el párrafo primero. Tiene lugar este derecho por voluntad del testador en los legados y fideicomisos particulares, cuando este manda una cosa íntegra á dos ó mas personas juntamente, ya sea en una cláusula sola, ó bien en cláusulas separadas. En tal caso, si uno de los legatarios muriese antes que el testador, ó viviendo este renunciáre la parte que le corresponde, ó sobreviniere otro motivo que le obste para la percepcion de ella; acrecerá la misma en pleno dominio al otro ú otros conjuntos, porque hay presuncion legal á favor del legatario sobreviviente (2).

No tiene lugar el derecho de acrecer cuando no hay conjuncion, que es cuando el testador lega cosas distintas, ó divide la legada por partes ciertas y diversas:

---

(1) Leyes 9 y 28, tit. 9, Part. 6.
(2) Ley 35, tit. 9, Part. 6.

Digitized by Google

v. gr., lego á Juan la mitad de tal viña, y á Pedro la otra mitad; ó cuando no consta dicha conjuncion de la misma disposicion testamentaria.

Los legados se estinguen: 1° Por revocacion del testador: esta puede ser espresa ó tácita. Hay revocacion espresa cuando en la misma disposicion ó en otra posterior lo manifiesta así, ó cancela la disposicion, ó encarga á otro que lo ejecute. Hay revocacion tácita, cuando se infiere y presume de su voluntad. Se entienden revocados los legados, cuando despues de hechos se originó enemistad grave entre el testador y los legatarios; pero si luego se recondiliaren, convalecerá el legado. Igualmente se entiende este revocado cuando el testador enagena la cosa legada por contrato lucrativo y aun por contrato oneroso si lo hizo espontáneamente y no por necesidad, la cual en duda se presume; á menos que el heredero pruebe no haberla tenido (1): lo que se amplía aun al caso en que despues de enagenada la redima ó compre el que se la compró. Asimismo se entiende revocada la

(1) Leyes 19 y 20, tít. 9, Part. 6.

manda cuando el testador hace de la cosa legada una nueva especie que no pueda reducirse al antiguo estado de materia: v. gr., de la lana paño, de madera una casa, etc. (1)

No se entiende revocado el legado cuando despues de hecho empeña é hipoteca el testador la cosa legada; porque esta no es enagenacion propiamente dicha, á menos que el empeño sea igual al valor de la cosa, y no haya esperanza de redimirla, en cuyo caso se tiene por enagenacion. Tampoco se revoca cuando legó la cosa y su valor, pues aunque la enagene despues, se debe al legatario su estimacion. Ultimamente, tampoco pueden revocar ni repetir el testador ni sus herederos los legados que pagaron á pretesto de haber sido hechos en testamento otorgado sin las debidas solemnidades, y de ignorar esta escepcion que les favorecia; á menos que sean militares, mugeres, menores ó labradores rústicos, pues á estos sirve de escusa la ignorancia del derecho (2).

---

(1) Ley 42, tit. 9, Part. 6.
(2) Ley 31, tit. 14, Part. 5.

Digitized by Google

Se extinguirá tambien los legados por perderse ó perecer la cosa legada sin culpa del heredero ni negligencia en su custodia. Se entiende haber tenido culpa el heredero, cuando no guardó ni hizo guardar la cosa legada con el cuidado propio de un diligente padre de familia, ó cuando tardó mas de lo debido en entregarla (1).

Tres acciones, que son: personal, por testamento, hipotecaria y reivindicacion, segun sea el legado, competen al legatario contra el heredero del testador para reclamar su legado. Si este fuere específico, se trasfiere su dominio al legatario inmediatamente que fallece el testador, y por consiguiente le corresponde la reivindicacion como dueño (2); pero si el legado fuere genérico ó de cantidad, le compete accion personal ó hipotecaria, mas no la de reivindicacion ni otra real, porque antes de su entrega no hay traslacion de dominio.

Las obligaciones de heredero en cuanto á la entrega de los legados, son las si-

(1) Ley 41, tit. 9, Part. 6.
(2) Ley 34 del mismo título.

guientes: Primeramente debe entregar el legatario no solo la cosa determinada que hubiere legado el testador, sino cuanto á ella pertenezca, los frutos percibidos por él desde que aceptó la herencia (1), y el aumento que haya tenido la cosa legada; á menos que el testador haya dispuesto otra cosa. Si este hubiere legado solamente el usufructo, la propiedad no pertenecerá al legatario sino al testador, y por consiguiente pasará á su heredero, como tambien el usufructo, cumplido que sea el tiempo por que se legó. Así como el aumento de la cosa legada pertenece al legatario, segun se ha dicho, es tambien de su cargo el menoscabo que tuviere: por consiguiente, si legó una casa y enagenáre despues parte de ella, el legatario no percibirá mas que la restante; y si aquella se arruinase, solo le corresponderá el área ó solar.

Imponiendo simple y absolutamente el testador á sus herederos el gravámen de dar al legatario cierta cantidad, v. gr. cien pesos, están obligados á dárselos entre todos y no cada uno de por sí *in solidum;*

---

(1) Ley 37, tit. 9, Part. 6.

Digitized by Google

pero si el testador mandáre á cada uno de los herederos entregar dicha suma al legatario, todos deberán hacerlo.

Si el testador legáre alguna cosa en esta forma: *Mando á Pedro tal alhaja* (nombrándola) *para que la perciba cuando mi heredero quisiere*, y este falleciere sin haberla entregado ni prefijado al suyo dia para su entrega, debe este dárla al legatario inmediatamente que éntre en posesion de la herencia. Mas si se hubiere hecho la manda en estos términos: *Mando á N. tal alhaja para que la perciba si quisiere*, muriendo el legatario sin haberla pedido, ni manifestado que la queria, no puede su heredero demandarla despues al testador (1).

El heredero debe entregar la cosa legada al legatario en uno de tres lugares; á saber, ó en el domicilio del heredero, ó donde estuviere la mayor parte de la herencia, ó donde existiere la cosa legada; pero si espresáre el testador el lugar donde haya de hacerse la entrega, se cumplirá su disposicion.

Si la cosa legada fuere ganada en juicio

(1) Ley 30, tit. 9, Part. 6.

Digitized by Google

por un tercero, no puede el legatario usar de la accion de eviccion contra el que la vendió al testador, á menos que el heredero, que es á quien esta corresponde, le ceda su derecho.

Habiendo esplicado toda la doctrina que podia comprenderse oportunamente bajo los siete artículos ó secciones en que me propuse distribuirla, solo resta el octavo que abrazará otros casos y disposiciones sueltas, que para evitar confusion no se incluyeron en los anteriores.

Si el testador legáre alguna cosa, dudando del parage en que existia, debe el heredero dar seguridad al legatario de que la buscará; y hallada, se la entregará, practicando á su costa las competentes diligencias.

Legando el testador una cosa en que solo tiene derecho adquirido, ó esperanza de adquirirla, con probabilidad ó certeza, se entiende que lega únicamente este derecho cuando hace mencion de él, diciendo: *Lego á N. tal cosa mia, ó el derecho que en ella me toca;* pero si no mentando tal derecho, dice solamente: *Lego á N. tal cosa*, en tal caso debe comprarla el heredero, si no la obtiene de otro modo, y en-

Digitized by Google

tregarla íntegra al legatario. Se deduce de lo dicho, que si el testador lega solo un derecho que espira con su muerte, por ejemplo, el usufructo, nada percibirá el legatario.

Si el testador tiene muchas cosas de una especie, v. gr., caballos, y lega una á cierto sugeto, y otra á otro, sin distinguir cuál de ellas tiene mas valor, corresponde la eleccion al legatario primero; porque siendo este legado de cosa incierta entre ciertas, en el cual toca la eleccion al legatario, pertenece al primero como predilecto.

Si el testador legáre á un sugeto una finca determinada ú otra cosa específica, y á otro cierta cantidad de dinero, y despues en su herencia solo se encontráre la cosa específica, se dividirá á prorata entre los dos legatarios el importe de esta y de la cantidad legada; pues la voluntad del testador que quiso beneficiar á entrambos, debe cumplirse.

Aunque el testador legue dos ó mas veces una cosa específica á un legatario en un mismo testamento, no está obligado su heredero á dársela, ni su estimacion, mas que una vez: lo mismo procede si le lega alguna cosa que consiste en número, peso.

Digitized by Google

ó medida; pues tampoco se entiende multiplicada la manda.

Siempre que el testador varía el modo de hacer el legado á un mismo sugeto, ya sea en la cantidad, calidad, condicion, lugar, tiempo ó causa, es visto que quiere multiplicar el legado; y así, deberá entregarse por duplicado al legatario. Por ejemplo, si legó una cantidad puramente, y otra con condicion; ó bien si en su testamento manda cierta cantidad á uno, y despues la misma en codicilo ó en otra escritura, deberá su heredero entregarlas, no probando este lo contrario de la voluntad del testador.

Diciendo el testador: *Lego mis vestidos, caballos y plata, etc.*, se entiende legar los que tiene cuando hace el legado; mas no los que adquiera despues, porque se limita su voluntad al tiempo en que testa, y no se amplía al futuro.

Si hace una manda en estos términos: *Lego á las hijas de N. tanto*, no se estiende á los hijos varones de N., porque bajo el nombre de hijas solo están comprendidas las hembras; pero diciendo: *Lego á los hijos de N. tanto*, se comprenden aquellos y estas; porque en el género masculino se comprende el femenino, y no al contrario.

Digitized by Google

Si el testador lega lo que tiene en cierto lugar, y despues él ú otro de su órden puso allí otras cosas mas, todas pertenecerán al legatario; mas no si se pusieron sin órden ó consentimiento del testador. Pero si manda, por ejemplo, sus vestidos, ú otras cosas suyas de cierto género que tiene en parte determinada, aunque luego se pongan allí otras del propio género, si no fueren suyas, no las llevará el legatario; porque en este caso se refiere el testador á lo que es suyo, y no lega mas.

Legando el testador el trigo ú otra cosa semejante que tiene en su panera ó en otro parage, si despues de legado la consume y pone otra en su lugar de la misma especie, se le debe dar hasta el importe de lo legado, y no mas; porque se presume haber sido su intencion subrogarla en lugar de lo que tenia.

Comprando el legatario de un tercero, ó adquiriendo por otro título la cosa legada que no era del testador, bien sabiendo ó ignorando que le estaba legada, y era agena, no pierde el legado y podrá pedir su estimacion.

Si fuere del testador la cosa que legó condicionalmente ó á dia cierto, y la com-

Digitized by Google

práre el legatario al heredero, pendiente el dia ó la condicion, puede pedir el precio de ella luego que llegue el dia ó la condicion se cumpla.

El legado de liberacion ó quitamiento de la deuda puede hacerse de cuatro modos: 1º Espresamente. 2º En estos términos: *Lego ó dejo á N., mi deudor, lo que me debe.* 3º Diciendo el testador: *Mando ó gravo á mi heredero á que no pueda pedir á N. lo que me debe.* 4º Legando al deudor el instrumento, vale ó escritura que este formalizó para seguridad de aquel.

El legado de liberacion no sólo aprovecha al deudor y á sus herederos, sino tambien á su fiador; pero haciéndose á favor de este solo, no aprovechará á aquellos.

Ultimamente, el efecto que produce la liberacion del débito, es que si el legatario deudor fuere reconvenido sobre él por el heredero del testador, le corresponde esta escepcion, y podrá compelerle á que le libre del pacto y obligacion, é implorar el oficio del juez para que declare que nada le debe, y le imponga perpétuo silencio.

Acerca de la aceptacion ó repudiacion de los legados, tengo que hacer las obser-

vaciones siguientes: No puede el legatario aceptar en parte, y en parte repudiar el legado que le hiciere el testador en una misma cláusula; y así, le ha de aceptar ó repudiar en el todo (1). No obstante, si muriese el legatario despues que el testador, sin aceptar ni repudiar el legado, y dejáre varios herederos, pueden uno ó mas de estos aceptar la parte que les corresponda de aquel legado, aunque los otros no quieran la suya (2); bien que la repudiada no acrecerá á los aceptantes.

Si el testador hubiere hecho el legado en cláusulas separadas, ó de distintas cosas, aunque sea en una sola cláusula, entonces se permite al legatario ó á su heredero aceptar la parte ó cosa que quiera, y repudiar la que no le acomode (3).

Dejando el testador á un legatario de dos cosas la que quisiere elegir, si elige la una, no puede arrepentirse y tomar despues la otra; si deja la eleccion á arbitrio de tercero, y este no la hace dentro de un

(1) Ley 36, tit. 9, Part. 6.
(2) La misma ley.
(3) Ley 25, tit. 9, Part. 6.

año, la puede hacer el legatario pasado que sea; pero si despues de haber elegido se le quitáre en juicio la que eligió por ser agena, podrá elegir, pedir y tomar otra cosa, si no hubiese hecho la eleccion.

Si deja á dos, junta ó separadamente una de sus cosas, diciendo que elijan la que quisieren, y el uno no se conforma con la eleccion del otro, deben echar suertes y elegir aquel á quien toque, el cual está obligado á pagar al otro la parte que le corresponde del valor de aquella cosa, segun el arbitrio de hombres buenos. Y si la tal cosa fue legada á uno, dejando la eleccion á su voluntad, y muere sin haberla hecho, y sus herederos discuerdan, deberán hacer lo propio (1).

Para concluir este capítulo de legados solo me resta hacer las dos observaciones siguientes: 1ª Que así como la institucion de heredero no puede hacerse por señas, tampoco las mandas ó legados ni otra cualquiera disposicion; porque este modo de espresar la voluntad no es conciliable con nuestras leyes de Partida, que no tuvieron

(1) Ley 26, tit. 9, Part. 6.

Digitized by Google

por conveniente admitir la ley romana que permite para casos semejantes estos signos tan arriesgados y falibles. 2ª Que si bien es nulo el legado cuando interviene error acerca de la persona del legatario, es válido cuando se yerra el nombre propio de la cosa legada, v. gr., si esta es un caballo cuyo nombre equivoca el testador; pero si el nombre equivocado no es el propio de la cosa, sino el apelativo de la misma, el legado es nulo: por ejemplo, si legando el buey que está en tal sitio, lo que allí estuviere fuera un caballo (1).

(1) Ley 28, tit. 9, Part. 6.

Digitized by Google

TITULO QUINCE.

De los testamentarios.

Testamentario, albacea, cabezalero ó ejecutor de últimas voluntades, es aquel que merece la confianza del testador, ó está designado por la ley para cumplir lo que en el testamento ó en otra última disposicion se ordena. El testador puede confiarle este encargo, ya se halle presente ó ausente al tiempo que le nombra (1), ya sea á uno ó á muchos, á su heredero ó estraño, clérigo ó lego; bien entendido, que por muerte del testamentario no pasa el cargo á su heredero, ni puede delegarle sin espresa facultad del testador.

No pueden ser albaceas el que tiene prohibicion legal de testar, y el menor de diez

(1) Ley 8, tit. 5, lib. 5 del Fuero Real.

Digitized by Google

y siete años, aunque pasando de ellos le permite el derecho ser procurador en cualquier negocio estrajudicial (1): en órden á las mugeres se les permite ser albaceas por costumbre inconcusa y generalmente observada. El escribano que autoriza el testamento puede ser testamentario, porque ademas de no estarle prohibido, no adquiere otra cosa mas que trabajo y responsabilidad en cumplir la voluntad del testador; pero si le resultase utilidad, no podrá serlo y se tendrá por nulo el nombramiento.

Los ejecutores de últimas voluntades son de tres clases, á saber: testamentarios, legítimos y judiciales. Testamentarios son aquellos que eligé el mismo testador en su testamento ú otra última voluntad. Legítimos son aquellos á quienes corresponde por derecho cumplir la voluntad del testador: judiciales los que nombra de oficio el juez, en caso que el elegido en el testamento ó el heredero no quieran cumplir lo dispuesto por el difunto. Los testamentarios y judiciales se dividen en uni-

(1) Ley 19 al fin, tit. 5, Part. 3.

Digitized by Google

versales y particulares. Universales son los encargados de evacuar por entero la voluntad del testador, y distribuir todos sus bienes á pobres ó en otras obras piadosas ó profanas. Particulares son los que se nombran para cumplir únicamente lo concerniente á funeral, legados ú otra cosa particular.

Los testamentarios no pueden ser obligados á admitir y evacuar su encargo, por que es voluntario; pero una vez aceptado, están en obligacion de desempeñarle. Tampoco pueden conmutar lo que se deja á causas piadosas en otros usos, siempre que se pueda cumplir la voluntad del testador.

En tres casos pueden los testamentarios demandar judicialmente los bienes del testador á su heredero ó al que los tenga en su poder: 1° Para cumplir el legado á favor de obras piadosas ó para socorro de huérfanos ú otras personas. 2° Para percibir el legado que les haya hecho el testador. 3° Cuando el testador les haya conferido poder ámplio para pedir judicial y estrajudicialmente sus bienes, á fin de cumplir lo que deja dispuesto (1).

---

(1) Ley 4, tit. 10, Part. 6.

Digitized by Google

Aunque en todos los testamentos aparezca dada la facultad á los testamentarios para apoderarse de los bienes del testador, venderlos en pública almoneda, ó fuera de ella, y de su producto cumplir su voluntad; no deben mezclarse los particulares en otra cosa que en lo respectivo al funeral y sufragios, si los herederos fueren forzosos; pero siendo estraños, podrán intervenir los albaceas en todo aquello para que los autorice el testador: siendo bastante comun darles ámplias facultades en todo lo relativo al cumplimiento de su voluntad.

Los testamentarios universales están obligados á hacer inventario ó descripcion formal ante escribano y testigo de los bienes del testador, y dar cuenta de lo recibido y gastado.

El juez puede compeler á los testamentarios siendo negligentes, al cumplimiento de las disposiciones piadosas que contenga el testamento: y en caso de resistirse deben nombrarse otros. Lo mismo procede cuando el heredero no cumple la voluntad del difunto, en el caso de que este no dejase nombrados testamentarios.

Para cumplir su encargo tienen los testamentarios el término que les prefijáre el

Digitized by Google

testador, y si no les hubiere señalado ninguno, deben evacuarlo á la mayor brevedad; bien entendido, que no pudiendo hacerlo asi, el derecho les concede un año contado desde el dia de la muerte del testador. Si fueren muchos los testamentarios, y no pueden todos ó no quieren intervenir, vale lo que uno ó dos ejecuten (1); y para precaver este inconveniente se conferirá á cada uno *in solidum* la facultad de cumplirlo.

Si el testador lega alguna cosa ó cantidad para todos los testamentarios, deben partirla con igualdad, y en caso de fallecer alguno de ellos ó no aceptar su encargo, acrece su parte á los otros en la misma forma.

Los testamentarios que fueren amonestados para cumplir su encargo, si no lo hacen por descuido ó malicia, y por esta causa se les priva judicialmente de él, pierden por el mismo hecho los legados, á menos que sean hijos del testador, pues con ellos no se entiende esta pena (2). Tambien

(1) Ley 6, tit. 10, Part. 6.
(2) Ley 8, tit. 10, Part. 6.

Digitized by Google

incurre en la misma el que tiene en su poder el testamento cerrado, y no le manifiesta á la justicia dentro de un mes siguiente al dia del fallecimiento del testador; y si este nada le hubiere legado, deberá pagar al interesado el daño que se le irrogue, y dos mil maravedises á la Real cámara (1). Si el testamentario compráre algo de los bienes del difunto, á mas de ser nula la venta incurre en la pena del cuatro tanto aplicado al fisco (2).

No se debe á los testamentarios salario por su trabajo: lo 1° Porque entre el testador y el ejecutor de su testamento se celebra verdadero contrato de mandato, y este es por su naturaleza gratuito: lo 2° Porque siendo este un cargo privado y voluntario, en el hecho de admitirle el albacea es visto que por su aceptacion se obliga á evacuarle graciosamente. No obstante, si hubiere convenio contrario entre el testador y el albacea, se pagará el estipendio pactado, y á falta de esta designacion en la cuota, debe señalarle el juez

(1) Ley 5, tit. 18, lib. 10, Nov. Rec.
(2) Ley 1, tit. 12, lib. 10, Nov. Rec.

Digitized by Google

un salario competente á su prudente arbitrio, atendidas la calidad y cantidad del negocio y la ocupacion ó trabajo.

Aunque el testamento se anule por pretericion ó desheredacion, ó porque el testador no haya instituido heredero, ó no haya querido este aceptar la herencia; vale el nombramiento de testamentarios, y todo lo demas que el testamento contenga, siempre que se haya hecho con los requisitos legales.

El cargo de testamentario espira por las causas siguientes: 1ª Por muerte de este. 2ª Por revocacion del testador. 3ª Por enemistad que sobrevenga entre los dos. 4ª Por impedimento, locura ó fatuidad del mismo testamentario. 5ª Cuando se le remueve del cargo por sospechoso. 6ª Por el trascurso del tiempo ó término asignado para evacuar su comision. 7ª Por estar ya completa y evacuada esta, y por haber cesado la causa para que fue nombrado.

Digitized by Google

TITULO DIEZ Y SEIS.

De las cuartas trebeliánica y falcidia (*).

Habiéndose observado entre los romanos que los testadores se valian de dos medios para defraudar de la herencia á los mismos herederos que instituian, resultando á estos mas bien perjuicio que utilidad de semejantes instituciones, se cortó este abuso por medio de leyes oportunas. Uno de dichos dos medios era nombrar heredero fideicomisario, mandándole que entregase la herencia á otro ú otros; de modo que él se quedaba sin derecho para

(*) El Sr. Gutierrez, recopilador de Febrero, omitió este tratado por considerarle inútil; pero las leyes de Partida que adoptaron esta doctrina están vigentes, y en nada se opone á ella la ley 1, tit. 18, lib. 10, Nov Rec. que aquel cita.

Digitized by Google

percibir parte alguna de la misma. Para ocurrir á este inconveniente se estableció el Senado-consulto trebeliano, por el cual se mandó que el heredero fideicomisario pudiese deducir para sí la cuarta parte de los bienes del testador, y es la que se llama cuarta trebeliánica.

Las leyes de Partida adoptaron esta disposicion, declarando el modo de deducir la cuarta trebeliánica; pero es necesario advertir que cuando los herederos son descendientes legítimos, no puede tener lugar la cuarta trebeliánica: lo 1.º Porque siendo legítima suya todos los bienes de la herencia, menos el quinto de que puede disponer el testador libremente, es contraria á la ley la deduccion de la cuarta parte: lo 2.º Porque los descendientes son herederos forzosos, y ningun otro puede tener derecho como tal á parte alguna de la herencia sino como legatario. Esta misma razon milita respecto de los ascendientes que tambien son herederos forzosos, aunque su legítima solo es de las dos terceras partes de la herencia. Si se gravase pues el otro tercio con la deduccion de la cuarta trebeliánica, ¿qué restaria para costear el funeral, pagar legados, etc.? Por estas

consideraciones, que no tenian lugar en el derecho antiguo, la deduccion de la cuarta trebeliánica no puede hoy verificarse sino cuando el heredero es estraño, y aun así no hay práctica de exigirla.

El segundo abuso de que se habló en el párrafo primero, consistia en distribuir de tal modo en legados la herencia, que no le quedaba al heredero cosa alguna. Para atajarlo se promulgó la ley falcidia (llamada así del tribuno Cayo Falcidio que la propuso), y en ella se mandó, que cuando al heredero le quedase en la herencia menos de la cuarta parte de su importe, pudiese retener para sí esta cuarta parte, deduciéndola de los respectivos legados ó fideicomisarios. Por dicha ley que está en observancia entre nosotros (1), el heredero estraño, cuya herencia se halla tan recargada de mandas que le queda menos de la cuarta parte de su valor, puede retener en su virtud hasta la cuota referida, sacando la cuarta parte de cada una de las mandas: y para hacer la deduc-

(1) De la cuarta falcidia tratan las leyes 1 hasta la 7, tit. 11, Part. 6; y de la trebeliánica la ley 8 del mismo título.

cion se ha de atender al valor que tengan los bienes al tiempo de la muerte del testador (1).

Si el testador tiene herederos forzosos, no ha lugar la cuarta falcidia; porque debiendo llevar estos completa su legítima, nunca caben otros legados que los que admita el quinto ó el tercio en sus respectivos casos (2).

Tampoco puede decirse, segun nuestras leyes, de las mandas hechas á lugares piadosos, socorro de pobres ó redencion de cautivos; de lo que se léga á un militar que está en campaña, aunque nada le quede al heredero (3); de lo que entrega este por órden reservada del testador al que tiene prohibicion de heredar (4); de lo que queda vinculado; de la dote que un marido lega á un tercero para que la entregue á su muger; ni de lo que mande dar de sus bienes á alguna para dotarla.

Si la cosa legada no tiene cómoda division, se deducirá la cuarta parte del valor

(1) Leyes 1 y 3, tit. 11, Part. 6.
(2) Ley 4 del mismo título.
(3) Ley 5, tit. 11, Part. 6.
(4) La misma ley 2.

Digitized by Google

en que se aprecie, y no podrá el heredero tomar todo un legado por razon de la cuarta de los restantes, sin consentimiento del legatario; pues en rigor solo le corresponde la cuarta parte de cada uno de ellos (1). Si paga por entero algun legado por creer que la hacienda es suficiente para satisfacerlos todos y percibir su cuarta parte, habrá de pagar enteramente los restantes, á menos de descubrirse alguna deuda de que no se tenia noticia; pues en este caso retendrá de los que no estén satisfechos la parte que sea menester para cubrir su cuarta (2).

A la deduccion de la cuarta falcidia debe preceder la formacion de inventario y el pago de deudas. Si omite el heredero su formacion no tiene derecho á ella, y debe satisfacer íntegramente los legados y pagar á los acreedores del difunto (3). Si las mandas están pagadas, y no las deudas, deben estos repetir primero contra los legatarios, y despues contra el heredero (4).

---

(1) Ley 2, tit. 11, Part. 6.
(2) Ley 6 id.
(3) Ley 2 y 7 id.
(4) Dicha ley 7.

Digitized by Google

En los casos en que pudiera deducir el heredero la cuarta falcidia, perderá el derecho á retenerla cuando maliciosamente canceláre el testamento ó las mandas, ó bien ocultáre ó negáre alguna cosa de las legadas, como tambien si el testador le prohibiere *espresamente* su deduccion. Mas si no estando espresa la prohibicion, se hubiere concebido el nombramiento de heredero en la cláusula de estilo siguiente: *Y despues de cumplido y pagado todo lo contenido en este testamento, nombro por mi heredero á N. en el remanente de mis bienes*, podrá deducir este la cuarta en opinion de Febrero, aunque otros autores son de dictámen que debe contentarse con lo que le quede. Para evitar dudas se cuidará de estender la institucion de herederos estraños, diciendo: *Nombro por heredero de mis bienes raices, derechos y acciones que se hallen al tiempo de mi muerte á N.*, suprimiendo las cláusulas anteriores.

Digitized by Google

TITULO DIEZ Y SIETE.

De los herederos abintestato.

Herencia abintestato es aquella en que se sucede por disposicion de la ley, y no por la del difunto. Esto se verifica en cuatro casos: 1° Por falta de testamento. 2° Por no haberse otorgado este con los requisitos que previene la ley. 3° Cuando despues de hecho el testamento nace algun hijo del testador, de quien no hizo este mencion particular ni general en su última disposicion. 4° Cuando hecho legalmente el testamento omitió el testador la institucion de heredero, ó el que instituyó no aceptáre la herencia; siendo de advertir que en los casos tercero y cuarto espresados, subsistirán las mandas y demas disposiciones testamentarias.

Cuando alguno fallece abintestato entran á heredarle sus parientes, porque la ley

Digitized by Google

presume que el difunto los hubiera instituido si hubiese hecho testamento; y por esta razon suelen llamarse los trasversales *legítimos* herederos en un sentido lato, pero nunca forzosos. El parentesco debe ser natural; pues el espiritual, que es el que proviene del bautismo ó de la confirmacion, y el legal que nace de la adopcion, no sirven para este efecto.

Sentados estos principios, si alguno fallece abintestato le heredarán por el órden que sigue sus parientes: 1º El hijo ó hijos legítimos que tuviere, á partes iguales, sin distincion de agnados ni cognados, sean varones ó hembras, y estén ó no bajo la patria potestad (1), comprendiéndose en esta primera clase de herederos, no solo los hijos vivos y nacidos, sino tambien los póstumos, á quienes se conceptúa como nacidos en todo lo que les es favorable (2). Tambien se comprenden los legitimados por el siguiente matrimonio (3): lo cual procede aunque sus

(1) Leyes 3, tit. 15, Part. 6; y 1, tit. 20, lib. 10, Nov. Rec.
(2) Ley 20, tit. 1, Part. 6.
(3) Ley 1, tit. 13, Part. 6.

Digitized by Google

padres se casen siendo muy viejos, de modo que no puedan procrear; ó medie otro matrimonio antes de casarse con la madre de dicho legitimado; ó sea este hijo de clérigo de menores beneficiado, si despues se casa con la concubina dejando el beneficio, con tal que al tiempo del nacimiento del hijo estén libres uno y otro para casarse sin dispensa, aunque no lo estuviesen al tiempo de concebirse; porque el matrimonio posterior se retrotrae por ficcion legal al tiempo de su nacimiento.

A falta de hijos herederán sus nietos, y á falta de estos sus biznietos y demas descendientes sin limitacion, todos en los términos que se ha dicho respecto de los primeros. Si el difunto dejáre hijos y nietos, estos no herederán sino cuando haya muerto su padre; y en este caso percibirán todos juntos la cantidad que habria heredado su padre si viviera, distribuyéndola entre sí á partes iguales: lo cual es heredar por estirpes ó ramas como ya se ha dicho. Si el difunto muere teniendo tres nietos, uno de un hijo muerto, y dos de otro, el primero percibirá la mitad de la herencia, y los otros dos la otra mitad en representacion de sus padres

Digitized by Google

respectivos. Lo dicho se entiende cuando nacieron ó fueron concebidos en vida de su abuelo ó del ascendiente de cuya sucesion se trata; pues no siendo así, no se subrogarán en lugar de su padre.

Habiéndose reunido en el título siguiente toda la doctrina legal acerca de la sucesion de los hijos ilegítimos por testamento y abintestato á los bienes de sus padres, abuelos y parientes, se ha omitido aquí cuanto pertenece al derecho hereditario que tienen aquellos en los abintestatos. Siguiendo pues el órden de la sucesion legítima, á falta de los referidos descendientes heredarán abintestato los padres del difunto á partes iguales; pero no sus abuelos (1), porque entre ascendientes no se sucede por representacion, sino por la mayor proximidad del parentesco. Así que, cuando el difunto deja padre solo, ó madre sola, heredará todos sus bienes, y los abuelos nada.

A falta de padres, los abuelos por cualquiera línea heredarán con igualdad; y si no hubiere mas que un abuelo por una

(1) Leyes 4, tit. 13, Part. 6; y 6 de Toro.

Digitized by Google

línea, y existieren dos por otra, percibirá aquel tanta parte de la herencia como estos dos juntos. Si deja un abuelo por una línea, y un bisabuelo por la misma ó por otra, toda la herencia será del abuelo, con esclusion del bisabuelo, como se dijo de los padres con respecto á los abuelos. Ultimamente, concurriendo á la sucesion dos abuelos por una línea, y dos por la otra, partirán igualmente la herencia todos cuatro, y heredarán por ramas; y lo mismo se entiende con los ulteriores ascendientes.

Si por una línea concurre un ascendiente, y otro por la otra, ambos en igual grado, partirán indistintamente todos los bienes que por entrambas líneas y por cualquiera otra razon gozaba el difunto, sin diferencia de que sean adquiridos por una ú otra línea, ó castrenses, cuasi-castrenses ó de otra clase; porque despues de incorporados los bienes en el patrimonio de alguno, se confunden y pierden el nombre.

La última de las tres líneas que tienen derecho de suceder abintestato es la de los trasversales ó colaterales, acerca de cuya sucesion hay que hacer las adverten-

Digitized by Google

cias siguientes: 1ª Los parientes trasversales suceden segun la proximidad de grado con el difunto; y así el mas cercano al tiempo de su muerte, obtendrá la preferencia en la sucesion: y si hubiere muchos en un mismo grado y con la propia calidad, todos concurrirán igualmente sin diferencia de agnacion ni cognacion. 2ª Aunque entre los colaterales ocupan el primer lugar los hermanos enteros para sucederse, y se suceden igualmente (1), no están en primer grado de consanguinidad entre sí, sino en segundo, porque en esta línea no hay grado primero (2). 3ª Entre los ascendientes y descendientes legítimos tiene lugar la sucesion abintestato en bienes libres hasta lo infinito; pero entre los colaterales, solo llega hasta el cuarto grado inclusive, y en estando fuera de él recaen los bienes en el fisco (3). 4ª Aunque en esta línea son admitidos igualmente los parientes que están en un mismo grado, si en alguno de ellos concurre

(1) Ley 5, tit. 13, Part. 6.
(2) Ley 3, tit. 6, Part. 4.
(3) Véase lo que acerca de esto se dijo en el Discurso preliminar, pag. 26.

Digitized by Google

doble parentesco ó calidad mayor que un los demas, será preferido; por egemplo, dejando el difunto hermanos enteros y medios, aquellos tendrán la preferencia, y los medios no participarán de la herencia (1). Lo mismo sucederá si el difunto dejáre sobrinos hijos de dos hermanos, el uno entero y el otro medio; pues los del entero, representando á su padre, serán preferidos á sus primos, hijos de su medio tio: siendo de advertir que esta mayor calidad de parentesco se estiende únicamente á los hijos de los hermanos enteros del difunto, que son primos carnales, los cuales, representando las personas de su padre ó madre, serán preferidos á su tio, aunque se hallan en grado mas distante (2).

5ª En la línea de los ascendientes no hay representacion como en la de los descendientes; y en los trasversales solo tiene lugar el derecho de representacion hasta el tercer grado, que son los primos carnales: y aun para que esto se verifique es preciso

(1) Ley 5, tit. 13, Part. 6.
(2) Id.

que concurra con ellos algun tio de igual calidad de parentesco, y no de otra suerte; pero aun en este caso empieza en ellos y no pasa adelante (1): lo cual se entiende á falta de verdadera costumbre contraria, pues si la hubiere se observará. 6ª Los hermanos tienen diversos nombres en derecho; unos se llaman hermanos *enteros*, por ser hijos de un mismo padre y madre: otros *consanguineos* ó *paternos*, y son los de un padre y de diversas madres: otros *uterinos* ó *maternos*, y son los de una propia madre y de padres diversos; y otros *medios hermanos*, esto es, que han sido engendrados por diferentes padres en una madre, ó tenidos en diversas madres por un solo padre.

Supuestas las anteriores advertencias, veamos cuáles son las disposiciones legales relativas á esta sucesion de los transversales. Primeramente en los lugares de estos reinos donde no se observa fuero particular, si hay costumbre de que los bienes de los interesados vuelvan al tronco, y la raiz á la raiz; si el difunto tiene hermanos enteros, y ningun ascendiente

(1) Ley 5 citada, y 241 de Estilo.

ni descendiente, le sucederán con igualdad sus hermanos, ya sean varones ó hembras, ó de ambas clases (1).

Si dejare un hermano entero ó mas, y sobrinos carnales hijos de otro hermano ó hermanos tambien enteros, heredarán por sí cada uno de los hermanos, y los sobrinos, representando á sus padres muertos, por líneas; quiero decir, que se hará la cuenta de cuántos hermanos son entre vivos y muertos, y se dividirá en tantas partes la herencia como si todos existieran, y luego los hijos de los muertos partirán entre sí aquella parte que tocaria á sus respectivos padres si vivieran, pues los representan (2). Si el difunto no tuviere hermanos vivos, y si sobrinos hijos de dos ó mas hermanos enteros muertos, heredarán cada uno de por sí, repartiéndose con igualdad los bienes de su tio, sin diferencia de agnacion ni cognacion, como se prueba por la ley 5, tit. 13, Part. 6, ya sean muchos ó pocos, iguales ó desiguales en número, pues las leyes lo or-

(1) Ley 3, tit. 13, Part. 6.

(2) Ley 5, tit. 13, Part. 6, y 8 de Toro, que es la 2, tit. 20, lib. 10, Nov. Rec.

Digitized by Google

dirán así indistintamente, porque aunque la ley 8 de Toro dice que sucedan los sobrinos con los tios abintestato á sus tios in *stirpes* y no in *capita*, es claro que se contrae al caso de dicha concurrencia con los tios; ademas de que todos los sobrinos se hallan en igual grado, y cuando son solos no tienen á quién representar, por lo cual entran á heredar por su propio derecho como parientes mas cercanos que están en igual grado, y es lo que se observa como mas justo.

Si dejáre el difunto varios medios hermanos consanguíneos ó uterinos, y otros enteros, nada llevarán los medios hermanos ni sus hijos, y todo la herencia pertenecerá á los enteros; pero faltando estos y sus hijos, si solo tiene hermanos uterinos y consanguíneos, los heredarán en el todo indistintamente: lo cual procede aunque el difunto deje tio, hermano de su padre ó madre; pues aquellos como parientes mas inmediatos de su hermano enteros, son preferidos al tio.

Si dejáre sobrinos hijos de hermano entero, aunque tenga un medio hermano, le escluirán, á pesar de hallarse ellos en grado mas remoto; porque si su padre vivie-

ra le escluiria, y ellos representan la persona de este, por lo cual deben ser preferidos á su medio tio (1). Y si el difunto deja solamente medios hermanos, unos por una línea y otros por la otra, herederán los de la paterna los bienes que poseia por ella el difunto, y los de la materna lo que por esta ganaba; pero si tenia algunos mas adquiridos por arte, industria ú otro título, los partirán igualmente (2), pagando cada uno las deudas que hubiere contraido el difunto por razon de sus respectivos bienes.

Los hijos de los hermanos uterinos y consanguíneos sucederán del mismo modo á su difunto tio, representando las personas de sus padres, ya concurran entre sí solos, ó con algun medio tio suyo, con la diferencia de que en el primer caso heredarán por cabezas, y en el segundo por raimas; pero en los nietos y demas descendientes de estos, no tiene lugar esta distincion ni separacion de bienes, ni en los tios hermanos de padre ó madre ó de

(1) Ley 5, tit. 13, Part. 6.
(2) Ley 6 del mismo título.

otros ascendientes, cuando concurran á heredar á sus sobrinos; y así todos se dividirán con igualdad entre los que se hallen en un mismo grado.

Aunque la doctrina anterior es general, hay territorios en los cuales es costumbre que vuelvan al tronco los bienes de los que mueren sin descendientes legítimos, como sucede en Sepúlveda, Molina y otros varios. Esta costumbre está mandada guardar por la ley 1, tit. 20, lib. 10, Nov. Rec.; mas es preciso que se pruebe claramente el uso y observancia del Fuero, porque el uso y costumbre consisten en hecho, y debe probarlos el que los alega: de modo que no basta solo el fuero, sino que ha de estar robustecido con la costumbre de usarse y guardarse; y en otros términos no vale, como lo ordena la ley 1 de Toro. Ademas, debe advertirse que lo dicho se entiende abintestato, mas no por testamento; pues de lo contrario se impediria al testador la libertad de testar, á menos que la costumbre sea volver los bienes al tronco, y la raiz á la raiz, pues entonces procederá lo mismo por testamento que abintestato.

Los bienes raices que deben volver al

Digitized by Google

tronco, segun dicho fuero, son no solo los que el difunto intestado heredó de los abuelos y demas ascendientes, sino tambien los que compró y heredó su padre. Entre estos bienes troncales deben contarse los censos perpétuos, pero no los redimibles; porque estos no son raices, sino un dinero puesto á interes con seguridad y prohibicion al que lo da de pedirlo hasta que el que lo recibe quiera devolverlo: y así el primero no tiene dominio alguno en la finca afecta á la responsabilidad, sino solo hipoteca en ella, y el derecho de percibir los réditos; de modo que redimiéndose el capital no hay finca.

En las herencias abintestato en que constáre haber herederos que puedan desde luego entrar en su posesion, no deben intervenir los jueces así eclesiáticos como seculares, sino que se entregarán íntegras á los herederos, en los términos y casos que previene la ley 13, tit. 20, lib. 10, Nov. Rec., siendo de cargo de estos hacer el entierro, exequias y demas sufragios, segun la costumbre del pais y clase del difunto. Mas si en esto anduvieren omisos, podrán compelerlos á ello sus jueces propios, sin que se entrometan á inven-

Digitized by Google

tariar ni hacer ninguna otra gestion en los bienes de la herencia (1).

Si los herederos son menores y no tienen tutor que pida el inventario, ó está ausente, podrán los jueces respectivos nombrarles tutor ó defensor, y mandar inventariar y depositar en persona segura, con asistencia de este, los bienes abintestato, con el fin de evitar su estravío y entregarlos despues á los herederos, sin deduccion del quinto ni otra cosa; mas no deberán los jueces asistir al inventario.

Cuando las viudas quedan muy pobres, y sus hijos ricos con la herencia de su padre, tienen derecho á la cuarta parte de los bienes de su marido, con tal que no esceda de cien libras de oro (*), y esto es lo que se llama *cuarta marital*. Los

---

(1) Ley 14, tit. 20, lib. 10, Nov. Rec.

(*) Ley 7, tit. 13, Part. 6. Cada una de estas libras hace 62 castellanas ó sueldos de oro, y cada uno de estos valia 485 maravedises de los presentes, segun Escobar de ratiocin., comput. 1, num. 16 y 17, y comput. 25.

Digitized by Google

legisladores considerando la miseria y desamparo de la viuda, y con el fin de mitigar su dolor, estimularla á que viviese castamente, y evitar que por la indigencia se prostituyese, en desdoro y oprobio suyo y de su difunto marido; la concedieron esta parte de herencia, que tambien la corresponde, aun cuando con su trabajo pueda ganar el sustento, por no ser este medio seguro, y aunque despues adquiera bienes por otra parte, en razon á que se atiende al tiempo de la muerte del marido y no al posterior. Asimismo tiene derecho á ella, aun cuando el marido la legue el quinto y mande se contente con él, siempre que no alcance para su decente manutencion, porque es débito necesario. Sin embargo, el derecho á la cuarta no tiene lugar en tres casos, á saber: 1° Cuando la viuda vive licenciosamente. 2° Cuando se casa segunda vez. 3° Quedando usufructuaria. En caso de casarse segunda vez, antes ó despues del año de viuda, perderá la propiedad de los bienes que le tocaron por su cuarta marital, y pasará á los herederos del marido; pero tendrá el usufructo de aquellos por toda su vida. Muchos autores

Digitized by Google

dan igual accion al viudo pobre; y aunque parece que hay la misma razon en este caso que en el otro, no he visto adoptada esta opinion en la práctica.

Digitized by Google

TITULO DIEZ Y OCHO.

Del derecho de sucesion que tienen los hijos ilegítimos, los legitimados y adoptivos, así por testamento como abintestato.

De los hijos ilegítimos unos son de mejor condicion que otros para adquirir derechos hereditarios. Cuando un hijo natural se legitima por dispensa del poder legislativo, hereda á su padre no teniendo este hijo ó descendiente legítimo ó legitimado por siguiente matrimonio, sin que le excluyan los ascendientes de aquel.

A falta de hijos legítimos entran en la herencia de sus padres los naturales legitimados, y algunas veces los que no lo están, anteponiéndose á la línea de los ascendientes. Esta es la razon de haber colocado en este título la doctrina sobre la sucesion de los referidos, reuniendo en él cuanto con-

Digitized by Google

viene saber, no solo en órden á la forma y casos en que pueden tener parte los ilegítimos en la herencia de sus padres y abuelos, así por testamento como abintestato, sino tambien en la de sus parientes colaterales.

A los hijos naturales deben dar educacion y alimentar no solo su padre y madre, sino tambien sus abuelos y demas ascendientes por ambas líneas (1). Mas para que gocen del concepto legal de hijos naturales debe su padre reconocerlos por tales formalmente, en caso de haberlos tenido en distintas mugeres, ó en el de no haber tenido públicamente en su casa á la madre, si fue una sola; porque si cohabitó con ella, y reconoció á uno de sus hijos, se suponen reconocidos todos (2), no pudiendo retractarse de este reconocimiento una vez que le haya hecho.

Cuando los hijos naturales se legitiman por privilegio del Soberano, si el padre deja hijos ó descendientes de legítimo ma-

---

(1) Leyes 1 y 2, tit. 15, y 5, tit. 19, Part. 4, y 11 al fin, tit. 13, Part. 6.
(2) Ley 1, tit. 5, lib. 10, Nov. Rec.

Digitized by Google

trimonio, hacidos antes ó despues de la legitimacion, no puede heredarle el legitimado sino en el quinto de sus bienes, si quiere dejársele, y no de otra suerte: y tampoco entrará á heredar si hubiere hijo legitimado por subsiguiente matrimonio, porque este escluye al legitimado por rescripto.

Faltando pues los hijos legítimos puede el legitimado heredar á su padre, y este instituirle por heredero, aunque tenga padre ú otros ascendientes legítimos ó parientes, porque en todo es tenido por legítimo para suceder por testamento y abintestato; y para los demas efectos de la legitimacion: por consiguiente, puede si fuese omitido, decir de nulidad del testamento, y si desheredado sin justa causa, quejarse y usar de los remedios concedidos á los legítimos. Pero si la legitimacion se coarta y limita á suceder por testamento, sin perjuicio de los descendientes ó ascendientes, ó en aquello que quisiere dejarle su padre, ni perjudicará á aquellos en el primer caso, ni sucederá contra la voluntad de su padre en el segundo. Si en la legitimacion se espresáre que suceda sin perjuicio de los que deben suceder abintestato,

Digitized by Google

podrá heredar por testamento el legitimado, no habiendo legítimos; pero en la sucesion intestada no podrá escluir á otros que al fisco y á la viuda del difunto. Si la legitimacion se anuláre ó se declarase de ningun valor ni efecto, pertenecerá la herencia á los herederos abintestato, y no recaerá en el fisco; debiendo aquellos entregar puntualmente los legados.

Los hijos adoptados por sus ascendientes les suceden como los legítimos, en caso de que los adoptantes carezcan de ascendientes y de hijos ó descendientes legítimos. Lo mismo procede con los estraños adoptados, quienes heredarán solamente abintestato al adoptante á falta de legítimos; pero no á los parientes de este, ni contra su testamento (1).

Los arrogados sucederán al prohijante por testamento y abintestato si careciere de legítimos, y si el arrogador echáre de su poder al arrogado, estará obligado á darle ó dejarle la cuarta parte de sus bienes (2), á no ser que tenga descendientes

(1) Ley 8, tit. 16, Part. 4; y leyes 9 y fin, tit 16, Part. 4.

(2) Ley 8, tit. 16, Part. 4.

Digitized by Google

legítimos, en cuyo caso no podrá darle mas que el quinto por via de alimentos (1).

Los hijos naturales no legitimados, pueden ser instituidos herederos á falta de legítimos, dejándoles el padre la parte que gustáre de sus bienes, aun cuando tenga legítimos ascendientes (2); y si no hiciere mencion de ellos en el testamento, es carga de los herederos el consignarles alimentos, cuya regulacion ha de ser á juicio de hombres buenos (3).

La misma facultad tienen los abuelos en beneficio de sus nietos naturales. Si el padre muriere intestado, sucederá el hijo natural en la sexta parte de sus bienes, como previene la ley 8, tit. 13, Part. 6.

En órden á la madre rige diferente doctrina, pues los hijos naturales son sus herederos forzosos, á falta de legítimos, por testamento y abintestato (4); por consiguiente, si careciendo de legítimos no hace mencion en su testamento de los hijos naturales, ó los deshereda injusta-

(1) Leyes 10 y 28 de Toro.
(2) Ley 6, tit. 20, lib. 10, Nov. Rec.
(3) Ley 8, tit. 16, Part. 6.
(4) Ley 5, tit. 20, lib. 10, Nov. Rec.

Digitized by Google

mente, podrán estos anularle del mismo modo que los primeros; aunque subsistirá la institucion en cuanto al quinto, pues en lo que haya lugar debe cumplirse la voluntad de la testadora.

De lo dicho en el párrafo anterior se deduce claramente, que si en su última disposicion escluye el padre de la sucesion de sus bienes á sus hijos naturales ó los desheredá, no les corresponde accion alguna contra su testamento; y si el heredero nombrado por el padre renuncia su herencia, recaerá en los ascendientes legítimos de este, y no pasará á los hijos naturales, por cuanto la herencia repudiada no se trasmite al que por su incapacidad legal es un estraño en la sucesion. Ultimamente, si los padres tuvieren descendientes legítimos, podrán heredar los hijos naturales *por testamento* el quinto de sus bienes; pero *abintestato* no sucederán á ninguno de los dos en parte alguna de su herencia (*).

(*) Sin embargo, deben darles alimentos los herederos legítimos, mayormente cuando aquellos son menores de edad y no pueden adquirir medios para subsistir.

Digitized by Google

Tratando ahora de los hijos espúrios, debe saberse que estos tambien se legitiman por rescripto llamado *dispensacion*. Los que obtuvieren esta gracia podrán heredar á su padre, y este instituirlos aunque tenga legítimos ascendientes, pues en virtud de ella consiguen todos los derechos del natural legitimado, á escepcion de la nobleza y preeminencias de sus padres, si en el mismo rescripto no se espresa. Los hijos espúrios que no hubieren obtenido dispensacion, podrán heredar de su padre *por testamento* el quinto de sus bienes, si tuviere herederos forzosos ascendientes ó descendientes, y lo mismo de la madre, habiendo hijos legítimos (escepto los espúrios procedentes de clérigo ordenado *in sacris*, fraile ó monja profesa, pues á estos nada pueden dejar el padre ni la madre). (1). Abintestato nada pueden heredar los espúrios.

Pero si no hubiere hijos legítimos, la anterior disposicion, aunque es la misma con respecto al padre, relativamente á la madre es muy diversa; pues en este caso

(1) Ley 5, tit. 20, lib. 10, Nov. Rec.

Digitized by Google

la heredará el hijo espúrio por testamento y abintestato con solas dos escepciones: 1ª Si por haberle tenido incurrió en pena de muerte, en cuyo caso podrá dejarle el quinto de sus bienes. 2ª Si lo es de clérigo de órden sacro ó fraile profeso, pues entonces nada podrá legarle como se ha indicado (1).

Aunque los hijos espúrios no tenian derecho por las leyes romanas á ser alimentados por sus padres, segun las nuestras deben estos atender á su sustento (2), obligacion que igualmente les impone el derecho canónico: por consiguiente, no podrá privárseles de sus alimentos por pacto, costumbre, ley municipal, ni por espresa prohibicion de los padres en su testamento; bien que si el pacto es jurado y los espúrios renuncian su derecho, únicamente se les deberán en el caso estremo de que no dándoselos perezcan de necesidad, y entonces pueden reclamar contra la transaccion, pacto ó renuncia. La misma obligacion tienen los abuelos y bisabuelos por equidad

(1) Ley 5, tit. 20, lib. 10, Nov. Rac.
(2) Leyes 1 y 2, tit. 19, Part. 4.

Digitized by Google

canónica, á falta de los padres, ó cuando estos son pobres y aquellos ricos. Tambien se estiende dicha obligacion á los herederos del padre, y al caso en que los alimentos se deban por disposicion de alguno, ya sea en contrato ó en última voluntad, pues la carga de alimentar pasa á los herederos de aquel que se obligó, aunque lo sea el fisco por tácito fideicomiso ó por otra causa, ó el donatario de todos los bienes; pero esto no se entiende con el comprador privado, ni otro que en virtud de algun contrato particular los hubiese adquirido.

La obligacion de los padres á sustentar á sus hijos espúrios cesa en los dos casos siguientes: 1° Cuando en ellos concurren las causas que para desheredar á los legítimos prescriben las leyes, y mas si su ingratitud para con sus padres los constituye reos de muerte. 2° Cuando los hijos tienen con que vivir, ó se pueden mantener con su oficio ó industria sin desdoro de sus personas (1).

Los hijos espúrios pueden disponer á su arbitrio del quinto que les deja el padre,

(1) Ley 6, tit. 19, Part. 4.

Digitized by Google

en los casos en que puede hacerlo (1), con las escepciones siguientes: 1ª Cuando de la tácita ó espresa voluntad del testador se colige que no quiso pasase el quinto á los herederos del hijo espúrio. 2º Cuando le hace algun legado de renta anual por los dias de su vida. 3º Cuando impone al hijo espúrio la obligacion de restituir á otro despues de su muerte los bienes que le deja por via de alimentos, en cuyo caso no puede disponer del sobrante de los mismos. Si el espúrio no dispusiere del quinto que le adjudicaron por via de alimentos, pasará á sus herederos, y no volverá á los de su padre.

Sentada esta doctrina legal sobre el modo de heredar los hijos ilegítimos á sus descendientes y ascendientes, resta decir qué reglas habrán de seguirse en la sucesion de sus parientes colaterales. Respecto de los hijos naturales hay formal resolucion en la ley final, tit. 13, Part. 6, de cuyo contesto se deduce que muerto abintestato el hijo natural sin sucesion, si deja dos hermanos hijos de su mismo padre, el uno natural y el otro legítimo, se prefiera este

(1) Ley 6, tit. 20, lib. 10, Nov. Rec.

Digitized by Google

á aquel para la sucesion; pero si el hijo natural fuere solo, este sucederá en el todo á su hermano natural, como pariente mas cercano: sin embargo, el natural por línea paterna no heredará á los legítimos, ni á los demas parientes por esta línea intestados. Dejando un hijo natural de parte de madre solamente, y otro natural ó legítimo de parte de padre, será preferido el natural de parte de madre, como que es conocida y cierta, al natural y al legítimo de parte de padre; y á falta de hijo legítimo y natural de parte de padre, ningun otro pariente por línea paterna heredará al natural.

Si muriere abintestato el hijo natural dejando solamente parientes por parte materna, le heredarán segun la prerogativa de su grado; y por consiguiente, si estos fallecieren sin sucesion legítima, los heredará como si fuera legítimo. Y si dos hijos naturales de una misma madre fallecieren dejando cada uno un hijo legítimo ó natural, y despues muriese abintestato sin sucesion uno de estos primos, le heredará el otro que sobrevive, siendo preferido á todos los demas cognados mas remotos, aunque sean legítimos.

Digitized by Google

Falleciendo intestado sin sucesion el hijo natural por parte materna, si dejáre dos hermanos uno natural y otro de legítimo matrimonio de la propia madre, le heredarán ambos con igualdad, porque están en igual grado; pues la ley 9 de Toro se debe entender cuando se trate de suceder á la madre, en cuyo caso el legítimo prefiere al natural, mas no cuando se trata de sucederse los legítimos y naturales entre sí. Y si el hijo natural de parte de madre falleciere sin testamento ni descendientes legítimos dejando dos hermanos, uno hijo natural de su padre y madre, y otro tambien natural de la misma madre, pero de diverso padre; le heredará el hermano natural entero, al modo que para con los hermanos legítimos está determinado en el derecho.

Los espúrios de cualquiera clase que sean no sucederán abintestato á los parientes de su padre, ni estos á ellos, por no haber agnacion ni cognacion entre unos y otros. Asimismo no sucederán los espúrios de dañado ayuntamiento á los hermanos ni parientes suyos por línea materna; porque no sucediendo á su madre, ni esta á ellos, tampoco deben suceder á los parientes por esta línea.

Digitized by Google

Entre los hijos naturales y espúrios, y sus padres y parientes, son recíprocas la sucesion abintestato, y la obligacion de darse alimentos; de modo que en todos los casos en que los hijos pueden suceder á sus padres y parientes, y deben ser alimentados por ellos, es igual el derecho de los segundos, para suceder á los primeros.

Acerca de los hijos ilegítimos de todas clases debo por último hacer dos advertencias: 1ª Que aunque el padre declére en su testamento que les debe algunos frutos, dinero ú otra cosa, no están obligados los herederos á entregársela, á menos que lo justifiquen por otros medios legales; porque se presume lo hace por beneficiarlos perjudicando á los herederos legítimos. 2ª Que la ilegitimidad no inhabilita á los que la tienen para ejercer cualquier oficio ó arte indistintamente, escepto los empleos de juez ó escribano, segun la ley 9, tit. 23, lib. 8, Nov. Rec., la cual derroga cuantas leyes, sentencias, estatutos, usos y costumbres sean contrarios á esta declaracion.

UNIVERSIDAD DE CALIFORNIA
BIBLIOTECA
SEP 2 1912
Digitized by Google

TITULO DIEZ Y NUEVE.

De las aceptaciones y repudiaciones de herencias.

Son libres para aceptar ó repudiar la herencia que les pertenezca por testamento ó abintestato, los mayores de veinticinco años que no estén sujetos á otro, por sí mismos ó por medio de procurador, haciéndolo llanamente y sin condicion alguna (á escepcion del Rey ó Consejo). Si el heredero es menor de veinticinco años y mayor de catorce, puede aceptarla por sí, y entrar en ella siempre que no tenga padre ni curador (1). Si fuere menor de catorce años y no estuviere bajo la patria potestad, podrá aceptar la herencia con permiso del juez

(1) Leyes 1, 2, 13 y 15, tit. 6, Part. 6.

Digitized by Google

y no de otro modo; pero hallándose en poder de curador por falta de edad ó por incapacidad legal de cualquiera clase, lo hará el curador en su nombre. Siendo gravosa la herencia al menor, tiene el arbitrio de reclamarla despues por via de restitucion, y repudiarla con licencia judicial y audiencia de los acreedores del difunto (1). Si el dueño de los bienes hereditarios hubiese muerto abintestato, deberá pedir su heredero ante todas cosas se le declare por tal, y luego aceptar ó repudiar la herencia.

Para la admision ó renuncia de la herencia puede el Rey conceder un año al heredero, ya sea por testamento ó abintestato; pero el juez ordinario del pueblo del difunto ó del territorio en que está la mayor parte de la herencia, no tiene facultad de conceder para dicho fin mas que nueve meses, ni menor plazo que el de cien dias, del cual disfrutan los herederos traspasando á los suyos en caso de morir la parte del plazo que faltaba para cumplirse este. Si el heredero fuere estraño, y falleciere despues

(1) Ley 7, tít. 19, Part. 6.

Digitized by Google

de cumplido el plazo, y antes de aceptar la herencia, ningun derecho tiene el suyo á ella; pero siendo legítimo debe percibirla (1), pues para los tales no hay prescripcion, y en cualquier tiempo pueden aceptarla.

Para que el heredero legítimo ó estraño no se perjudique en caso que el testador haya dejado mas deudas que bienes, y no tenga precision de pedir término, se ha establecido que pueda hacer inventario formal de ellos; y si haciéndole con las solemnidades prescritas por la ley en el término que prescribe la misma, aceptáre la herencia con este beneficio, solo quedará obligado á satisfacer las deudas hasta donde alcance el caudal (2). Mas el heredero que acepta la herencia llanamente, ó entra en ella sin hacer inventario, debe satisfacer no solo las deudas sino los legados que hubiere dejado el difunto, á lo cual quedan obligados sus propios bienes, en caso de que no alcancen los de la herencia.

---

(1) Ley 9, tit. 6, Part. 6.
(2) Ley 12 del mismo título.

Digitized by Google

El heredero que con malicia oculta ó sustrae alguna cosa en la formacion del inventario, debe restituir el duplo si fuere estraño; pero siendo legítimo se entiende por este hecho haber aceptado la herencia, quedando responsable á todo, y no puede repudiarla. Lo mismo sucede cuando constándole que está muy cargada de deudas, compra para sí en cabeza de otro, bienes del difunto.

No pueden los acreedores del difunto tomar cosa alguna de propia autoridad, ni emplazar á los herederos por las deudas que dejó hasta cumplirse nueve dias despues de su fallecimiento, y estar concluido el inventario de sus bienes, bajo la pena de devolver lo que hubieren tomado, y perder su derecho, y de nulidad de cualquiera fianza, revocacion ó prenda que interviniere. Pero si tienen recelo de ocultacion, disipacion ó fuga, deben pedir al juez que dén fianzas de no hacerlo, lo que ejecutarán los herederos á satisfaccion de dichos acreedores (1). Tampoco pueden los legatarios pedir sus mandas dentro de

(1) Ley final, tit. 15, Part. 1.

Digitized by Google

los nueve dias espresados, ni el heredero tiene obligacion á dárselas hasta que estén pagadas las deudas, y hechas las demas deducciones á que por derecho haya lugar (1).

El heredero puede admitir la herencia, manifiesta ó tácitamente, esto es; manifiestamente por pedimento ó escritura, ó de palabra; y tácitamente, tomando los bienes, vendiéndolos, arrendándolos, y disponiendo de ellos como dueño. En uno y otro caso ya no la puede repudiar, y queda responsable al cumplimiento de las disposiciones del testador y demas cargas, aun cuando no basten los bienes heredados; pero tiene el arbitrio de manifestar al juez, que el encargarse de los bienes, el inventariarlos, ó cualquiera otra gestion, la hace con el fin de que no se pierdan ó deterioren, mas no con intencion de ser heredero, con lo cual á nada queda obligado (2).

Tambien puede repudiar la herencia verbalmente ó por escrito antes de entrar en ella; pero una vez renunciada no podrá

(1) Ley 7, tit. 6, Part. 6.
(2) Ley 11 del mismo titulo.

Digitized by Google

demandarla, á menos que sea menor; pues en este caso podrá reclamarla en cualquier tiempo, aun cuando los bienes hayan sido enagenados (1). Igualmente puede hacerlo el descendiente del difunto, aunque la haya repudiado, con tal que la reclame dentro de tres años, y no estén enagenados los bienes (2). Si los herederos fueren estraños, y alguno de ellos repudiáre la herencia, aquel ó aquellos que quisieren aceptarla, deben hacerlo en su totalidad, pues no permite la ley renuncia ni aceptacion á medias.

(1) Ley final, tit. 13, Part. 6.
(2) Ley 18 id.

Digitized by Google

TITULO VEINTE.

De la division de las herencias.

Quedando dos ó mas herederos de unos mismos bienes, aunque corresponde á cada uno de ellos la propiedad y posesion de su parte indivisa, resulta una especie de comunion que durará mientras no se partan los bienes, para adjudicar á cada uno lo que le corresponda.

Pueden pedir la particion de los bienes hereditarios: 1º Todos y cada uno de los herederos ó partícipes en la herencia que sean mayores de veinticinco años, y tengan capacidad legal para administrar sus bienes (1). 2º La viuda, aunque no sea heredera, para que se la satisfagan sus gananciales y demas derechos que la corres-

(1) Ley 2, tit. 15, Part. 6.

Digitized by Google

pondan. 3° El que pretende ser partícipe ó heredero, con tal que posea la herencia; pues de lo contrario, si se le niega la calidad de partícipe ó coheredero, para ser admitido al juicio divisorio, ha de pretender antes que se le declare heredero en juicio ordinario.

Por los menores, ó incapacitados legalmente, han de pedir la division sus tutores ó curadores, si los tuvieren; y no teniéndolos, deberán nombrárseles de oficio para este obgeto.

La division ha de pedirse ante el juez del territorio en que estén situados los bienes de la herencia (1); á no ser que hubiere intervenido en la formacion del inventario el juez del pueblo donde tuvo su domicilio el difunto; pues en tal caso á él debe pedirse la division, como perteneciente al mismo negocio.

La accion con que se pide la division de la herencia es mixta de real y personal: corresponde á la clase primera bajo el concepto de que se dirige á verificar la division de cosas comunes; y á la segunda por

(1) Ley 10, tit. 15, Part. 6.

Digitized by Google

las prestaciones é indemnizaciones personales que se exigen con los nombres de lucro, daño ó gastos.

El juicio divisorio puede ser ordinario ó sumario. Es de la primera especie, cuando á alguno que pretende ser heredero se le niega la calidad de tal; en cuyo caso se ha de proceder en juicio ordinario para que se haga la declaracion antes de proceder el juicio divisorio. Fuera de esto, el juicio de division es sumario; debiendo el juez mandar á los partícipes en la herencia que nombren contadores para ejecutar la particion, y á este fin les designará tiempo y lugar.

Lo dicho en los párrafos anteriores se entiende respecto de aquellas herencias en que es necesaria la intervencion del juez para evitar perjuicios á los que personalmente no pueden precaverlos, como sucede á los menores, incapacitados y ausentes.

Empero la autorizacion judicial no es necesaria para la division de herencias en los casos siguientes: 1º Cuando los herederos son mayores de veinticinco años, en cuyo caso están facultados para hacer por sí la particion. 2º Cuando la deja hecha el mismo testador; entendiéndose, que si

Digitized by Google

perjudicáse en sus legítimas á los herederos forzosos, deberá completarse ó suplirse la falta. 3º Cuando el testador, dejándo uno ó mas hijos menores de edad, nombra en el testamento tutor que no sea partícipe en la herencia, ú otra persona de su confianza que haga la particion, sin acudir al juez para otra cosa mas que para la aprobacion de las diligencias practicadas (1).

Antes de proceder á la material division de los bienes hereditarios, es necesario tener presente lo que debe entrar en cuenta, aumentando ó disminuyendo el cúmulo de aquellos. Entran en cuenta para dicho obgeto las que se llaman prestaciones personales; y en las divisiones entre los hijos ú otros descendientes legítimos que sean herederos, los bienes que hubieren recibido en vida de sus padres del caudal paterno ó materno, para que contándoseles como parte de su legítima, se haga la division con la debida igualdad entre todos los herederos. Esto se llama en términos jurídicos *traer á colacion*.

Las prestaciones personales de que se habla en la primera parte del párrafo an-

(1) Ley 10, tít. 21, lib. 10, Nov. Rec.

terior, son: 1º Lo que cada uno de los coherederos hubiere percibido de la herencia directa ó indirectamente. 2º Los gastos que cualquiera de ellos hubiere hecho para la conservacion ó aumento de las cosas comunes de la herencia, para pago de sus cargas ó satisfaccion de los legados. 3º La reparacion del daño que hubiere causado alguno de los interesados en la herencia. La primera y tercera son prestaciones respecto del heredero que ha percibido el lucro, ó que motivó el daño. La segunda lo es respecto de la herencia, á favor del coheredero que hizo la anticipacion.

En cuanto á la colacion entre hijos ó descendientes legítimos herederos, deben tenerse presentes las reglas que siguen: 1ª Los bienes propios de aquellos, que no provienen del patrimonio paterno, no deben colacionarse. 2ª Tampoco es colacionable lo que recibieron los hijos para sus alimentos y educacion, porque esto se lo debe el padre de derecho; ni lo que hubieren recibido de este por vía de mejora. 3ª Todo lo demas que recibieron los hijos procedente del patrimonio paterno, y que no pertenezca á alguna de las dos clases anteriores, debe traerse á colacion.

Digitized by Google

Dudándose muchas veces, por no haberlo espresado el padre, si lo que dió al hijo fue con intencion de imputárselo en su legítima para colacionarlo, ó en concepto de mejora, es preciso atenerse á la ley 26 de Toro que dice: «Si el padre ó la madre en testamento ó en otra cualquier voluntad, ó por otro algun contrato entre vivos, ficieren alguna donacion á alguno de sus hijos ó descendientes, aunque no digan que lo mejoran en el tercio ó en el quinto, entiéndase que lo mejoran en el tercio y quinto de sus bienes.» Esta ley parece que está en contradiccion con otra de la Novísima Recopilacion, que dice así: «Cuando algun hijo ó hija viniere á heredar ó partir los bienes de su padre ó de su madre, ó de sus ascendientes, sean obligados ellos y sus herederos á traer á colacion y particion la dote y donacion *propter nuptias*, y las otras donaciones que hubieren recibido de aquel, cuyos bienes vienen á heredar (1).

Para conciliar las dos leyes espresadas en el párrafo anterior, usan los intérpre-

(1) Ley 5, tit. 3, lib. 10, Nov. Rec.

Digitized by Google

tes de la distincion siguiente: Las donaciones causales ó necesarias, esto es, aquellas que hace el padre en fuerza de alguna causa necesaria, ó por lo menos útil y piadosa, deben colacionarse por presumirse que las anticipó en cuenta de legítima; á no ser que disponga lo contrario, ó se entienda por las palabras, que quiso mejorar al hijo. Por consiguiente, son colacionables la dote y demas donaciones que el padre hace en razon de matrimonio ó establecimiento de un hijo. Al contrario, las donaciones simples ó voluntarias que provienen de mera liberalidad del padre, sin que para hacerlas intervenga causa ni obligacion alguna, no son colacionables, á menos que conste la voluntad contraria del donante; y se reputan por mejora, aplicándose primero al tercio, despues al quinto, y lo que sobráre á la legítima. Si aun sobrepujáre al importe de esta, deberá el donatario restituir el esceso como inoficioso, trayéndolo á colacion.

En cuanto á la liquidacion del caudal hereditario, deducciones que deben hacerse de él, y modo práctico de ejecutar la particion, me remito al *Manual teórico-práctico de los juicios de inventario y par-*

Digitized by Google

deren de herencias, que tengo publicado, tercera edicion de Madrid, año de 1832, pasando á tratar brevemente del efecto de las divisiones, y de su rescision.

Toda particion de herencia es una verdadera adquisicion, pues que en virtud de ella adquiere cada heredero su porcion indivisa sobre los efectos ó inmuebles que se lo hubieren adjudicado. Por consecuencia de la igualdad y justicia que debe reinar en las particiones, los coherederos, aun cuando no lo hubiesen estipulado, tienen la obligacion de garantizarse recíprocamente la libre posesion de los bienes que á cada uno hubieren tocado.

Consiguiente á la doctrina sentada en el párrafo anterior, si despues de hecha la particion y entregada á cada heredero su porcion de herencia, se la quitáre en juicio, ó parte de ella, algun tercero, tendrá el derecho de repetir contra los coherederos, siempre que haya hecho citarles de eviccion al principio del litigio, debiendo ademas seguir la causa con diligencia, sin dolo ni calumnia, apelar si fuese condenado en primera instancia, y seguir la apelacion hasta finalizarse el pleito.

Las particiones se rescinden por las mis-

Digitized by Google

más causas que los contratos en general; si bien debe advertirse que tratándose de lesion, no es necesario que sea enorme, como en la compra y venta, por egemplo, para que tenga lugar la rescision de las particiones. La razon de esta diferencia consiste en que la division por su misma esencia exige igualdad, con arreglo á la voluntad del testador que debe seguirse puntualmente, sin causar el menor perjuicio á los herederos.

Digitized by Google

FORMULARIO

DE ESCRITURAS

RELATIVAS A ULTIMAS VOLUNTADES.

TESTAMENTO REGULAR.

En el nombre de Dios Todopoderoso, amen. Yo, D. F. N., vecino de tal parte, hijo legítimo de F. y F., ya difuntos *(si han fallecido)*, naturales que son *(si viven)* ó fueron *(si han muerto)* de esta villa *(ó de donde sean)*, hallándome en perfecta salud *(ó enfermo en cama, si lo estuviere)*, y en el libre uso de mis potencias y sentidos *(ó en mi cabal juicio, memoria y entendimiento natural)*; creyendo y confesando, como firmemente creo y confieso en el alto é inefable misterio de la Santí-

Digitized by Google

sima Trinidad, Padre, Hijo y Espíritu Santo, tres personas, que aunque realmente distintas tienen una misma esencia y atributos, y son un solo Dios verdadero; y en todos los demas misterios, artículos y sacramentos que tiene, cree y confiesa nuestra santa madre la Iglesia católica, apostólica y romana, bajo de cuya verdadera fe y creencia he vivido, vivo y protesto vivir y morir como católico fiel cristiano; tomando por mi intercesora y abogada á la Santísima é inmaculada Reina de los ángeles, siempre vírgen María, madre de Dios y Señora nuestra; al Santo Angel de mi Guarda, los de mi nombre y devocion y demas de la córte celestial, para que impetren de nuestro Señor y Redentor Jesucristo, que por los infinitos méritos de su preciosísima vida, pasion y muerte, me perdone todas mis culpas y pecados, y lleve mi alma á gozar de su divina presencia; temeroso de la muerte, que es tan natural y precisa á toda criatura humana, como incierta su hora: para estar prevenido con disposicion testamentaria cuando llegue; resolver con maduro acuerdo y reflexion todo lo concerniente al descargo de mi conciencia; evitar con clari-

Digitized by Google

dad las dudas y pleitos que por su defecto pueden suscitarse despues de mi fallecimiento; y no tener á la hora de este algun cuidado temporal que me impida pedir á Dios de todas veras la remision que espero de todos mis pecados. Otorgo, hago y ordeno mi testamento en la forma siguiente:

Primeramente, encomiendo mi alma á Dios nuestro Señor, que de la nada la crió, y redimió con su preciosísima sangre, y mando el cuerpo á la tierra de que fue formado; el cual, hecho cadáver, es mi voluntad se amortaje con el hábito de S. Francisco (*ó de la religion que sea*), y sea sepultado en el cementerio de esta villa (*si lo hubiese*), y si no en la iglesia parroquial de donde al tiempo de mi muerte fuere parroquiano.

Es mi voluntad que asistan á mi entierro (*si fuese en público*) el número completo de sacerdotes de mi parroquia, etc., y mando que mis testamentarios distribuyan en misas por mi alma á su eleccion, sin perjuicio del derecho de la parroquia, el importe de limosnas, etc.

Item: Mando que en el dia de mi entierro, siendo hora, y sino en el inmediato, se celebre por mi alma misa cantada de

Digitized by Google

cuerpo presente, con diácono, subdiácono, vigilia y responso, y que asistan á oficiarla el número de sacerdotes referido, pagándose la limosna que se acostumbra.

Item: Mando que igualmente se celebren tantas misas por mi alma, etc., con la limosna de tanto cada una, de que sacada la cuarta parte que corresponde á la parroquia, las restantes se celebrarán en las iglesias y altares que elijan mis testamentarios.

Item: Lego por una vez para la conservacion de los santos lugares de Jerusalen y Tierra santa, redencion de cautivos cristianos y demas mandas forzosas, veinte reales de vellon, y otros tantos, con arreglo á lo que está mandado, á los hospitales de esta córte; con cuya limosna aparto á todos del derecho y accion que en cualquiera manera pudieran tener á mis bienes.

Item: Mando la cantidad de doce reales de vellon para el socorro de las familias huérfanas de los beneméritos militares y demas españoles que murieron en defensa de la patria en la gloriosa guerra de la independencia contra la Francia, desde el año de 1808 hasta el de 1814, cuya cantidad, por vía de manda forzosa está prevenida por Reales órdenes; con lo cual,

Digitized by Google

desisto y aparto tambien á este fondo de la accion y derecho que en alguna manera pudiese intentar contra mis bienes.

(Despues siguen todas las mandas pías, legados, declaraciones, etc. etc.; que el testador tenga á bien hacer.)

Para cumplir todo lo pío que contiene este testamento, y contuviere la memoria en caso de dejarla, nombro por mis testamentarios á Don F. y Don F., y á cada uno *in solidum*, y les confiero amplio poder para que luego que fallezca se apoderen de mis bienes, vendan de los mas efectivos los precisos en pública almoneda, ó fuera de ella, y de su producto lo cumplan y paguen todo, cuyo encargo les dure el año legal y el mas tiempo que necesitaren, pues se lo prorogo.

Despues de cumplido y pagado todo lo espresado, del remanente de mis bienes, muebles, raices, derechos y acciones, presentes y futuros, instituyo por mis únicos y universales herederos á los espresados F., F. y F., mis hijos, y de la espresada mi esposa, y á los demas descendientes de legítimo matrimonio que tuviese al tiempo de mi fallecimiento, y á los póstumos que deban heredarme; para que los hayan y

Digitized by Google

lleven por su órden y grado segun su representacion y lo dispuesto por leyes de estos reinos, con la bendicion de Dios y la mia.

Y por el presente revoco y anulo todos los testamentos y demas disposiciones testamentarias que antes de ahora he formalizado por escrito, de palabra ó en otra forma, para que ninguno valga ni haga fe judicial ni estrajudicialmente, escepto este testamento y memoria citada, que quiero y mando se estime y tenga por tal, y se observe y cumpla todo su contesto, como mi última deliberada voluntad ó en la via y forma que mejor haya lugar en derecho. Así lo otorgo y firmo ante el presente escribano de S. M. en esta villa de Madrid *(ó donde sea)*, á tantos de tal mes y año, siendo testigos, Pedro, Juan, Francisco, Diego y Anselmo *(cinco si es ciego el otorgante)*, vecinos de ella; y al otorgante, yo el escribano, doy fe conozco.

TESTAMENTO IN SCRIPTIS Ó CERRADO.

En tal parte, á los, etc., ante mí, el escribano y testigos, N., vecino, etc. (á quien doy fe conozco), estando al parecer

Digitized by Google

en su sana salud, juicio *(si no le conociere omitirá esta fe)* y entendimiento natural *(si estuvi se enfermo tambien lo espresará)*; y creyendo, como dijo creía, el misterio de la Santísima Trinidad, Padre, Hijo y Espíritu-santo, tres Personas distintas y un solo Dios verdadero, y en todo lo demas que tiene, cree y confiesa nuestra santa madre Iglesia católica romana, en cuya fe ha vivido y protesta vivir y morir: temiéndose de la muerte, ha ordenado su testamento y última voluntad; que estaba escrita en este cuaderno cerrado y sellado que me entrega á mí el presente escribano, y dijo, como en él queda señalado, entierro, albaceas y herederos, con algunos legados y otras circunstancias *(si así lo dijere)*; y quiere esté en esta forma toda su vida. Y despues de fallecido, suplica á cualquier juez competente lo mande abrir y publicar en la forma prevenida en derecho, y que se cumpla todo lo contenido en él, como mas haya lugar en derecho; y que revoca y anula otros cualesquier testamentos y codicilos que antes de este haya hecho, por escrito, de palabra ó en otra forma, para que ninguno se guarde ni haga fe, sino este que ahora otorga y me entrega,

Digitized by Google

Y lo firmó, siendo testigos N., N., N., N., N., N. y N., vecinos de dicha tal parte (á quienes, yo el escribano, doy fe conozco), que tambien firmaron: y yo lo signo. Despues de las firmas dirá: En testimonio ✠ de verdad. = N., escribano.

Nota. Si el testador no supiere firmar, concluirá: *Y el otorgante no firmó porque dijo no saber, y lo firmó á su ruego uno de los testigos, que lo fueron, etc.* De los testigos es preciso haya uno lo menos que sepa firmar, y dirán: *Por el otorgante = N., testigo. = Por N., testigo. = N., tambien testigo.* Hasta siete sin la del otorgante, ni el signo con su firma, que en todas han de ser nueve firmas.

CODICILO ABIERTO.

En tal parte, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Francisco Lopez, vecino de ella, dijo: que en tal dia de tal mes y año otorgó su testamento ante fulano, escribano Real, del cual ha deliberado quitar y enmendar algunas cosas, y añadir otras, y poniéndolo en ejecucion por via de codicilo ó en la forma que mas haya lugar en derecho, ordena, declara y manda lo siguiente:

Digitized by Google

Manda, que á mas de las tantas misas que deja por su alma, se celebren por su intencion tantas, en tales altares de tal iglesia, y que se dé por la limosna de cada una tanta cantidad.

Manda, que el legado de tanta cantidad que hizo á Pedro, no se le entregue, y para que no tenga accion á pedirlo, lo revoca enteramente.

Quiere, que el residuo del quinto de sus bienes se dé á fulana su hija, á cuyo fin se lo lega, para que lo haya á mas de su legítima.

Declara, que despues de haber otorgado dicho testamento, contrajo matrimonio fulano, su hijo, y que le dió tanta cantidad en cuenta de su legítima: manda que la traiga á colacion y particion, y lo mejora en el tercio de todos sus bienes, cuya deduccion se ha de hacer despues de sacado el quinto.

Nota. Así proseguirá con lo demas que quiera disponer, no escediendo de las facultades que el derecho le concede, y luego proseguirá en la siguiente forma.

Todo lo cual quiere que valga en la via y forma que mejor haya lugar en derecho, y manda se guarde, cumpla y ejecute in-

Digitized by Google

violablemente; y revoca y anula dicho testamento en todo lo que fuere contrario á este codicilo; y en lo que sea conforme con él y en todo lo demas, lo aprueba, ratifica y deja en su fuerza y vigor para que se estime por su última deliberada voluntad, y con ningun motivo ni pretesto se contravenga. Así lo otorga y firma, á quien doy fe conozco, siendo testigos, etc. *(Han de ser los mismos en número, sexo y edad que para el testamento nuncupativo.)*

Otra. Si el testador no hubiere hecho testamento, no se mencionará en el codicilo, y se omitirá en el pie de este la cláusula de su revocacion y aprobacion que contiene. Si quisiere nombrar heredero en él, no se detenga el escribano en ponerlo; pues aunque es verdad que el testador no puede hacerlo, si lo hiciere, no se estimará por codicilo, sin embargo de que se llame así, sino por testamento, como dejo espuesto; y el que instituya llevará la herencia, respecto no tenerlo hecho antes. Pero que lo tenga ó no otorgado, podrá poner en él *(si quisiere)* la protestacion de la fe, naturaleza y filiacion del testador, como tambien en el cerrado, y la cláusula codicilar en ambos.

Digitized by Google

OTORGAMIENTO DE CODICILO CERRADO.

En tal parte, á tantos de tal mes y año, Francisco Lopez, vecino de ella, estando enfermo *(ó sano)* y en su entero juicio, etc., dijo: que en tal dia, mes y año otorgó su testamento ante fulano, escribano, y por haber reflexionado con madurez lo que en él tiene dispuesto, ha revocado, quitado y enmendado algunas cosas y añadido otras, por el codicilo cerrado que espresa estar dentro de este cuaderno, y me entrega, y por tal lo otorga: y quiere y manda, que despues que fallezca, y no antes, se abra y publique con la solemnidad por derecho prescrita, y que su contesto valga y se cumpla y ejecute sin tergiversacion, como su última deliberada voluntad, ó en la mejor forma que haya lugar en derecho; pues en lo que fuere opuesto al citado testamento, lo revoca y anula, y en todo lo demas lo ratifica y deja en su fuerza y vigor: y revoca asimismo todos los codicilos que antes de ahora haya formalizado, para que ninguno valga, judicial ni estrajudicialmente. Así lo otorga y firma, á quien yo el escribano doy fe conozco, siendo testigos, etc.

Digitized by Google

Nota. En el otorgamiento del codicilo cerrado han de intervenir cinco testigos vecinos, pudiendo ser habidos, como queda espuesto, y firmar encima del cuaderno como en el testamento escrito; pues aunque la ley no lo previene ni manda, versa igual razon, y debe obrar la misma disposicion legal por ser instrumento de la propia naturaleza, por lo que requiere su apertura idéntica solemnidad sin diferencia. En cuanto á la protestacion, revocacion del testamento cuando no lo hizo antes, y otras cosas, véase la nota precedente.

PODER PARA TESTAR.

En tal villa, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Francisco Lopez, vecino de ella, etc. *(Aquí se pondrá la naturaleza y filiacion del testador, y protestacion de la fe é imploracion del divino ausilio, como en el testamento nuncupativo, y luego proseguirá)*, dijo: que por cuanto sus graves ocupaciones y otros motivos no le permiten disponer con claridad, madurez y reflexion que desea y se requiere, las cosas concernientes á su últi-

Digitized by Google

ma voluntad: y tiene suma satisfaccion y confianza en que Juan Rodriguez, vecino tambien de esta villa, su íntimo amigo, las desempeñará con el acierto, prontitud y eficacia correspondiente, por habérselas comunicado y estar bien cerciorado de ellas: por tanto, estando como por la infinita misericordia de Dios está, bueno y en su entero juicio, temeroso de la muerte, deuda tan precisa á todo viviente humano, como incierta su hora; para que cuando llegue no le halle desprevenido de disposicion testamentaria, en la mejor forma que haya lugar en derecho, otorga y confiere al citado Juan Rodriguez tan ámplio, firme y eficáz poder como es necesario para que en su nombre, y representando su persona, formalice y ordene, dentro ó fuera del término legal, su testamento y última voluntad, ó declaracion, ó disposicion de pobre, segun el caudal que deje, haciendo en él los legados píos, forzosos y graciosos que le pareciere, y las fundaciones de vínculos del tercio y quinto, ó cualquiera de ellos por via de mejora en cualquiera de sus hijos varones, con las sumisiones, sustituciones y gravámen de restitucion y fideicomiso en el tercio que prescribe la ley

Digitized by Google

27 de Toro, señalando el importe de la mejora en los bienes raices que dejáre, sustituyendo á sus hijos pupilos, dándoles por sustitutos á sus hermanos ó cualquiera de ellos, nombrando por su tutor á Pedro, Diego ó Antonio de tal, y haciendo asimismo las declaraciones, remisiones de deudas, descargos de su conciencia, y demas cosas que el otorgante le tiene comunicado y comunicáre en lo sucesivo; ó declarando haber muerto pobre, si no dejáse bienes de que testar: pues aprueba todo lo que con areglo á las referidas facultades practicáre, y quiere tenga la misma validacion y subsistencia que si aquí fuera literalmente espresado, y que por tal se estime; para lo cual le da el mas absoluto y eficáz poder con todas las firmezas y amplitudes convenientes que legalmente se requieren, con libre, franca y general administracion, y para ello otorga su testamento ú otra disposicion; y para evacuar enteramente lo que disponga, ordene y declare en virtud de este poder, le prorogo el término que el derecho prefine, por el que necesite, sin limitacion: y solo reserva en sí lo siguiente.

Nota. Aquí se pondrá su entierro,

Digitized by Google

misas y otras cosas, si quisiere; elegirá mas testamentarios, y si lo deja todo á eleccion del comisario, omitirá la cláusula de reservacion; pero la siguiente es precisa, por estar prohibido al comisario instituir heredero y consignar la mejora, y al testador cometerle su consignacion.

Y en el remanente de todos sus bienes, muebles, raices, derechos y acciones, instituye por sus universales herederos á Francisco, Diego, Juan, María, Micaela y Antonia Lopez, sus seis hijos legítimos, y de Ignacia Fernandez, su muger, y á los demas descendientes de legítimo matrimonio que tuviere al tiempo de su muerte, y por su órden y grado deben heredarle, para que los hayan con arreglo á lo que mandan las leyes de estos reinos, segun su representacion, con la bendicion de Dios y la suya; previniendo que el quinto no ha de esceder de la legítima que á cada uno toque, y que si todos sus tres hijos varones, ó alguno de ellos hubiere muerto al tiempo de otorgar el testamento, no ha de haber mejora alguna en sus nietos, ni en otros descendientes de estos, pues en este caso lo revoca en cuanto á ellos.

Y por el presente revoca y anula todos

Digitized by Google

los testamentos que antes de ahora ha otorgado, por escrito, de palabra ó en otra forma, para que ninguna valga ni haga fe, judicial ni estrajudicialmente, escepto este poder y testamento, ú otra disposicion que en su virtud se ordene, que quiere y manda se tengan y cumplan por su última deliberada voluntad, ó en la mejor forma que haya lugar en derecho. Así lo otorga y firma, á quien doy fe conozco, siendo testigos, Fulano, Fulano, Fulano, Fulano y Fulano, vecinos de esta villa.

VARIAS DECLARACIONES QUE SUELEN HACERSE EN LOS TESTAMENTOS.

MEJORA.

Item: Mando, dejo, mejoro y lego á N., mi hijo, y de la dicha N., mi muy amada consorte, legítimo y natural, y de legítimo y carnal matrimonio habido y procreado, en el tercio de mis bienes, así muebles como raices, derechos y acciones, cualesquiera que genérica y universalmente hoy me pertenezcan, y en lo venidero pertenecerme podrán; pudiendo hacer el

Digitized by Google

dicho mi hijo del importe de este legado, como de cosa independientemente suya propia.

DECLARACION DE LA DOTE QUE LA MUGER LLEVÓ AL MATRIMONIO.

Declaro, que aunque al tiempo que contraje el primero ó el segundo matrimonio con dicha N., no otorgamos carta dotal, es verdad que he recibido en dinero efectivo suyo doscientas libras, moneda corriente; y por tanto, mando á mis herederos paguen lo primero á dicha N. las referidas doscientas libras, que en cuanto menester sea, por si conviniere, le hago especial legado de ellos.

Tambien suele hacerse declaracion del capital que llevó el marido en estos términos: «Declaro, que cuando contraje matrimonio llevé por caudal mio tanto, de que otorgó á mi favor el capital correspondiente, en tantos, ante el escribano F.» Mando se tenga presente para la deduccion de gananciales ó menoscabos que pueda haber.

Digitized by Google

NOMBRAMIENTO DE TUTOR Y CURADOR.

Por cuanto los dichos mis hijos son menores de catorce años, y por esta razon incapaces de administrar sus bienes; para en el caso de mi fallecimiento les nombro y establezco tutor de sus personas y bienes á N.; por la confianza que en él tengo, fiando tomará á su cuidado el de este encargo y administracion, para cuyo efecto le doy, concedo y sustituyo todo el poder que en mí reside, y el que necesitan, segun leyes Reales de Castilla: y saliendo de dicha edad de catorce años los citados mis hijos hasta la de veinticinco, ó antes, en los casos que la ley permite, haciendo las diligencias que previene; le elijo asimismo al espresado N. en curador tambien, dándole el propio poder referido.

CLAUSULA QUE SE EMPLEA CUANDO EL TESTADOR RECELA QUE LE HARAN OTORGAR OTRO TESTAMENTO CONTRA SU VOLUNTAD.

Por cuanto recelo se me quiere precisar á que haga otra disposicion opuesta á mi

Digitized by Google

libre voluntad, y á lo que tengo anteriormente dispuesto; desde ahora mando, que no se entienda revocado este mi testamento y última voluntad, sin hacer espresion de las palabras siguientes: Jesus, María, José, S. Pedro, S. Juan, S. Lorenzo y S. Vicente Ferrer, con el mismo órden que están espresadas; y que por revocacion general de cláusulas revocatorias, aun añadiendo no tener presentes las referidas en otra disposicion, no se entienda revocado este mi testamento (*Las palabras especiales pueden ser otras, como el testador quisiere*).

DISPOSICION EN QUE EL TESTADOR DEJA POR HEREDERA A SU ALMA.

En lo remanente que de todos mis bienes quedáre, así muebles como raices, derechos y acciones que genérica y universalmente hoy me pertenezcan, y en lo venidero tocarme podrán, nombro por mi universal y general heredera á mi alma, para que todos estos productos se conviertan en celebracion de misas por ella y las de mis fieles difuntos, cuya disposicion y mas pronta ejecucion encargo á la piedad de mis dichos testamentarios y albaceas,

Digitized by Google

DECLARACION DE POBRE.

En el nombre de Dios Todopoderoso, amen. En tal villa, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Juan Perez, vecino de ella *(Aquí se pondrá la naturaleza, filiacion, protestacion de la fe é invocacion de los Santos como en el testamento, y luego proseguirá)*, declara: que por la calamidad é injuria de los tiempos se halla muy pobre; por lo que suplica al señor cura propio de tal parroquia, de donde actualmente es parroquiano, ó al de donde lo sea al tiempo de su muerte, lo mande enterrar de limosna, y haga por su alma todo el bien que pueda, pues así lo espera de su cristiana piedad.

Nota. Aquí podrá el testador hacer mandas, mejoras y todo lo demas que en el testamento, disponiendo y hablando de los bienes que pueda adquirir, por si llega á tenerlos, y luego la cláusula de heredero, en la forma siguiente; y á su continuacion la regular de revocacion de otras disposiciones testamentarias anteriores.

Y por si en algun tiempo adquiriese y le tocáren algunos bienes muebles, raices,

Digitized by Google

derechos y acciones por cualquier título, causa ó razon; instituye por sus universales herederos á Pedro y Josefa Perez, sus hijos legitimos y de María Hernandez, su muger, y á los demas descendientes de legítimo matrimonio que deban heredarle, para que los perciban por su órden y grado, segun su representacion, en la forma prescrita por derecho Real, con la bendicion de Dios y la suya.

DECLARACION DE LOS HIJOS QUE EL TESTADOR TIENE, Y DE LO QUE DIÓ A CADA UNO DE ELLOS EN CUENTA DE SU LEGITIMA.

Declaro, que del matrimonio que contraje con fulana, tengo por mis hijos legítimos á Francisco, Pedro y Juan, de los cuales Francisco se ha casado, y le dí tantos mil reales en cuenta de su legítima paterna. Mando que los traiga á colacion y particion con sus hermanos, y los reciba en parte de pago de ella; y si escediere, se tenga el esceso por mejora.

Digitized by Google

LEGADO DEL QUINTO POR ALIMENTOS A UN HIJO NATURAL.

Declaro, que tengo un hijo natural llamado Pedro, que lo hube en fulana, estando ambos solteros, y sin impedimento canónico, no solo al tiempo de su concepcion sino al de su nacimiento, de suerte que podíamos casarnos sin dispensacion: y mediante hallarme con descendientes legítimos, procreados en fulana, mi muger, difunta; usando de la facultad que me conceden las leyes 10 y 28 de Toro, le lego el remanente del quinto de todos mis bienes, derechos y acciones, que es lo que puedo dejarle, por razon de alimentos; y si al tiempo de mi fallecimiento no tuviere otro legítimo, sea mi universal heredero.

INSTITUCION DE HEREDERO A UN HIJO NATURAL POR FALTA DE DESCENDIENTES LEGITIMOS.

Por cuanto me hallo sin descendientes legítimos, y con un hijo natural, reconocido, llamado Francisco, que procreé en fulana, estando ambos solteros, y sin im-

Digitized by Google

pedimento canónico para contraer matrimonio; por tanto, sin embargo de que tengo legítimos ascendientes, usando de la potestad que me concede la ley 10 de Toro, instituyo por único heredero de todos mis bienes, derechos y acciones al espresado Francisco, para que los haya y herede con la bendicion de Dios y la mia.

MEJORA DEL TERCIO Y QUINTO HECHA A UNA HIJA QUE LLEVÓ DOTE CUANDO SE CASÓ.

Declaro, que del matrimonio que contraje con fulana, tenemos por nuestros hijos legítimos á Francisco y Juana: que esta se halla casada con fulano, y que cuando se casó la di en dote tanta cantidad; y respecto no poder ser mejoradas las hijas en contrato entre vivos por razon de dote ni casamiento, mando que traiga á colacion y particion con su hermano la dote que la entregué; pero mediante no estar prohibido que lo sean por última disposicion, la mejoro en el tercio y remanente del quinto de mis bienes, que la consigno en tales tierras, para que lo haya y herede á mas de su legítima; y mando asimismo

Digitized by Google

que en la deduccion del quinto se observe la ley del Estilo, segun se practica comunmente, y que el tercio se saque del residuo de la herencia.

MEJORA QUE HACE EL PADRE A UN HIJO A QUIEN POR CONTRATO ONEROSO PROMETIÓ MEJORAR.

Declaro, que cuando mi hijo fulano contrajo matrimonio con fulana, prometí mejorarlo en el tercio y quinto de mis bienes, y á ello me obligué en la escritura de capitulaciones que precedieron; y cumpliendo la obligacion que contraje, y lo que en este caso manda la ley 22 de Toro, le mejoro en dicho tercio y quinto para que lo haya y herede á mas de su legítima que debe percibir, y el tercio se sacará de los bienes que quedan bajado el quinto.

REVOCACION AD CAUTELAM CON CLAUSULAS DEROGATIVAS DEL TESTAMENTO QUE OTORGA UNA MUGER.

Y por el presente revoco, y anulo todos los testamentos y demas disposiciones testamentarias que antes de ahora formalicé,

Digitized by Google

por escrito, de palabra ó en otra forma, para que ninguna valga ni haga fe judicial ni estrajudicialmente. Y porque si tomo estado de matrimonio, ó aunque no lo tome, pueda suceder que el miedo, respeto reverencial, ó las eficaces persuasiones ó amenazas de mi marido ó de otras personas, me seduzcan y violenten á variar de disposicion, especialmente si estoy enferma, y tal vez compelida manifestaré esteriormente que condesciendo, y quedaré privada del uso de la natural libertad de testar á mi satisfaccion, como ahora lo hago; para que esta disposicion no se frustre en todo ni en parte, declaro que la ordeno de mi libre y espontánea voluntad, me obligo á no revocarla en manera alguna, y mando que si falleciendo sin herederos forzosos, hiciere otra total ó parcialmente contraria, no se estime ni entienda revocada esta, á menos que aquella contenga en forma específica tales palabras *(Aquí se espresarán las que sean)*, y se cite en ellas este testamento, y la obligacion que incluye de no revocarlo, y no lo uno sin lo otro; pues en tal caso ha de tenerse aquella y no esta por mi última deliberada voluntad, ó en la vía y forma

Digitized by Google

que mejor lugar haya en derecho: en cuyo testimonio así lo digo, otorgo y firmo ante el presente escribano en esta villa de, etc.

CLAUSULAS DE EXHEREDACION.

Mediante que mi hijo Pedro, con desprecio de los mandamientos divinos y de la misma ley de la naturaleza, tuvo la osadía de poner en mí, tal dia, á presencia de tales personas, las manos airadas para herirme ó matarme, y profirió contra mi honor palabras infamatorias, porque le reprendí como padre sus vicios, amonestándole se abstuviese de ellos, y procurase vivir con el arreglo que como cristiano temeroso de Dios debe tener, y que por este execrable esceso es indigno de titularse hijo mio, y tener parte en mis bienes; desde luego, para que no quede impune, y sirva á otros de ejemplo y escarmiento, en uso de las facultades que me confieren las leyes del tit. 7, Part. 6, le abdico y desheredo enteramente de la legítima paterna que despues de mis dias le podia tocar; le privo y aparto del derecho que á ella podia pretender; y quiero y mando que por razon de alimentos, ni por otro título ni motivo,

Digitized by Google

no sea admitido total ni parcialmente á su goce, ni tenido por hijo mio, como si no hubiera nacido: protesto no nombrarlo en este testamento por mi heredero ni legatario, sin que esta preterícion y desheredacion pueda anularse en tiempo alguno.

FIN DEL TOMO SEGUNDO.

Digitized by Google

Digitized by Google

INDICE

DE LO CONTENIDO EN EL TOMO SEGUNDO.

PARTE SEGUNDA.

PAG.

TITULO PRIMERO.

Del testamento, sus diversas especies, requisitos de cada una de ellas y personas que pueden testar 1
Apéndice de la declaracion de pobre. 19

TITULO SEGUNDO.

Del poder para testar 20

TITULO TERCERO.

De los codicilos y de la cláusula codicilar 26

TITULO CUARTO.

De las diligencias que deben practicarse para la apertura de los testamentos cerrados, y para reducir á instrumento público los abiertos que se hubieren hecho en cédula ó

Digitized by Google

verbalmente, sin asistencia de escribano 34

TITULO QUINTO.

De los herederos..... 42

TITULO SEXTO.

De la sucesion de los descendientes legítimos á los bienes de sus ascendientes por testamento..... 54

TITULO SEPTIMO.

De las mejoras..... 62

TITULO OCTAVO.

De la sucesion de los ascendientes legítimos á los bienes de los descendientes por testamento..... 88

TITULO NONO.

De los herederos estraños por testamento 92

TITULO DIEZ.

De las sustituciones de herederos..... 103

TITULO ONCE.

Del derecho de acrecer en las heren-

Digitized by Google

cias..... 120

TITULO DOCE.

De los desheredamientos..... 122

TITULO TRECE.

De la revocacion del testamento..... 128

TITULO CATORCE.

De las mandas ó legados..... 132

TITULO QUINCE.

De los testamentarios..... 160

TITULO DIEZ Y SEIS.

De las cuartas trebeliánica y falcidia. 167

TITULO DIEZ Y SIETE.

De los herederos abintestato..... 173

TITULO DIEZ Y OCHO.

Del derecho de sucesion que tienen los hijos ilegítimos, los legitimados y adoptivos, así por testamento como abintestato..... 189

TITULO DIEZ Y NUEVE.

De las aceptaciones y repudiaciones

Digitized by Google

de herencias..... 202

TITULO VEINTE.

De la division de las herencias..... 208

FORMULARIO DE ESCRITURAS RELATIVAS A ULTIMAS VOLUNTADES.

Digitized by Google

ERRATAS.

pag.	*lin.*	*dice*	*lease*
68	5	como este	como este es
88	15	nò se ha de	no se ha de entender de
99	10	segnuda	segunda
136	7	al	el
150	1	el	al
170	10	decirse	deducirse
175	22	ipuales	iguales
179	13	las	los
205	8	dudas	deudas

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google